

BAUMGÄRTEL

**Wesen und Begriff
der
Prozeßhandlung einer Partei
im Zivilprozeß**



Verlag Franz Vahlen GmbH.

Berlin und Frankfurt a. M.

Wichtige Werke für Studium und Praxis

Das Bonner Grundgesetz

von **v. Mangoldt-Klein**. 2. Neubearb. Auflage, erläutert von Prof. Dr. **Fr. Klein**, Münster. — Umfaßt 2 Bände, die in Lieferungen erscheinen. Lieferung 1 liegt vor: 364 S. Großoktav, geh. 24,— DM. Mit der im März erscheinenden 2. Lieferung wird der 2. Band abgeschlossen.

Bericht, Gutachten und Urteil

von **Sattelmacher**. 21. Neubearb. Auflage von LGPräs. **P. Lüttig**, Aurich, und OLGRat Dr. **G. Beyer**, Frankfurt a. M. — 284 Seiten 8°, Leinen 12,65 DM.

Der Zivilrechtsfall in Prüfung und Praxis

Ein Lehr- und Schulungsbuch für junge Juristen. 2. überarb. Auflage, von OLGRat Dr. **H. Brauer**, Hamburg. — 336 Seiten 8°, Leinen 16,— DM.

Internationales Privatrecht

4. Neubearb. Auflage, von Prof. Dr. **L. Raape**, Hamburg. — „Es ist heute das beliebteste Studienbuch auf diesem schwierigen Fachgebiet.“ (NJW) — 688 Seiten 8°, Leinen 33,— DM.

Europäisches Familienrecht (Ausland)

2. Neubearb. Auflage, von AGRat Dr. **S. Boschan**. — 368 S. 8°, Leinen 16,— DM.

Deutsches Auslieferungsgesetz

von **Mettgenberg**. 2. Neubearb. Auflage, erläutert von RA. Dr. **K. Doerner**, Pforzheim. — 664 S. Tschf., Leinen 26,50 DM.

Angewandte Gleichberechtigung im Familienrecht

erläutert von AGRat Dr. **E. Arnold**, Hamburg. — „Ein sehr beachtliches Buch.“ (D. Dt. Rechtspfleger) — 156 Seiten 8°, kart. 6,25 DM.

Die Förmlichkeiten der Revision in Strafsachen

von Amtmann **E. Blaese**, Bundesgerichtshof, Berlin, mit einem Geleitwort von SenPräs. **W. Sarstedt**, Bundesgerichtshof, Berlin. — 172 Seiten 8°, kart. 9,75 DM.

Beachten Sie bitte auch die Ankündigungen am Schluß des Werkes

VERLAG FRANZ VAHLEN GMBH
Berlin-Lichterfelde-West und Frankfurt a. M.

Baumgärtel

**Wesen und Begriff der
Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß**

Wesen und Begriff
der
Prozeßhandlung einer Partei
im Zivilprozeß

von

Dr. Gottfried Baumgärtel
Privatdozent und Rechtsanwalt in Erlangen



1957

Verlag Franz Vahlen GmbH
Berlin und Frankfurt a. M.



Habilitationsschrift, auf Empfehlung der Juristischen Fakultät der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft und des Universitätsbundes Erlangen

Vorwort

Bei den Vorarbeiten zu einer geplanten Abhandlung über die Fehlerhaftigkeit von Prozeßhandlungen der Partei und die Möglichkeit ihrer Heilung kam ich zu der Überzeugung, daß sich diese Probleme ohne eine Klärung des Prozeßhandlungsbegriffs nicht lösen lassen. Es wäre zwar möglich gewesen, von einem ad hoc aufgestellten Begriff auszugehen, aber damit wäre die Untersuchung auf einen schwankenden Boden gestellt worden. Zur Bestimmung des Begriffs war es zunächst notwendig, diejenigen Parteihandlungen, deren Prozeßhandlungscharakter unbestritten ist, auf ihre typischen Wirkungen und Funktionen sowie auf die Regelung ihrer Voraussetzungen zu untersuchen. Und schließlich war zu prüfen, inwieweit die zahlreichen umstrittenen einseitigen Parteihandlungen und Prozeßverträge unter den Prozeßhandlungsbegriff fallen. Dazu war jeweils auf die Fragen ihrer Zulässigkeit, ihrer Wirkungen und der Regelung ihrer Voraussetzungen einzugehen. Hieraus ist unversehens eine eigene Abhandlung geworden. Ihre Berechtigung folgt daraus, daß seit den grundlegenden Arbeiten von *Schiedermair* über die Vereinbarungen im Zivilprozeß und *Niese* über die doppel funktionellen Prozeßhandlungen diese zentrale Frage des Prozeßrechts nicht mehr monographisch behandelt worden ist.

Ich möchte an dieser Stelle meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Rudolf *Pohle*, und Herrn Professor Dr. Karl-Heinz *Schwab* für ihre Anregungen und das Interesse, das sie der Arbeit entgegengebracht haben, meinen Dank aussprechen.

Erlangen, im Februar 1957

Gottfried Baumgärtel



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548205_0024

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	X
Literaturverzeichnis	XV
Einleitung	1
§ 1 Gegenstand der Darstellung	1
§ 2 Der Wert einer Definition des Prozeßhandlungsbegriffs für Recht und Rechtswissenschaft	2
§ 3 Der Relationscharakter des Prozeßhandlungsbegriffs	12
§ 4 Die Bedeutung der Funktionen der Prozeßhandlung für die Be- griffsbestimmung	15
§ 5 Die Bedeutung der Methode für die Begriffsbestimmung	17
§ 6 Übersicht über Lehre und Rechtsprechung	20
I. Die verschiedenen Fragestellungen, unter denen die Begriffs- bestimmung vorgenommen wird	20
II. Die für die Begriffsbestimmung angewandten Methoden	75
§ 7 Rechtfertigung der eigenen Methode	76
 I. Teil Die typischen Wirkungen und Funktionen derjenigen Parteihand- lungen, deren Prozeßhandlungscharakter unbestritten ist	79
§ 8 Die den Begriffskern kennzeichnenden Prozeßhandlungen	79
§ 9 Die typischen Wirkungen der Prozeßhandlungen	80
§ 10 Die typischen Funktionen der Prozeßhandlungen	92
 II. Teil Die unterschiedliche Regelung hinsichtlich der Voraussetzungen bei Prozeßhandlungen und materiellrechtlichen Parteihandlungen . .	100
§ 11 Die selbständige prozessuale Regelung	100
§ 12 Persönliche Voraussetzungen	100
§ 13 Die Form und die Art und Weise des Zustandekommens der Prozeß- handlungen	110
§ 14 Die Anwendbarkeit der Auslegungsregeln des BGB	112
§ 15 Die Regelung der Willensmängel	115
§ 16 Die Anwendbarkeit der Vorschriften des BGB über die Bedingungen .	119
§ 17 Die Anwendbarkeit der Grundsätze von Treu und Glauben, der guten Sitten und des Schikaneverbots	139

Inhaltsverzeichnis

§ 18 Internationales und intertemporales Recht	140
§ 19 Die Kriterien, die für die Bestimmung der Rechtsnatur der umstrittenen Parteihandlungen geeignet sind	141
III. Teil Die umstrittenen einseitigen Parteihandlungen	142
§ 20 Parteihandlungen, die begriffsnotwendig innerhalb des Verfahrens vorgenommen werden	142
I. Anerkenntnis und Verzicht	142
II. Die Vornahme einseitiger Gestaltungsgeschäfte im Prozeß	149
§ 21 Parteihandlungen, die sowohl innerhalb als auch außerhalb des Verfahrens, in der Regel aber während eines anhängigen Verfahrens vorgenommen werden	167
I. Der einseitige, dem Gegner erklärte Rechtsmittelverzicht nach Urteilsverkündung	167
II. Der Zustellungsauftrag	170
§ 22 Die Erteilung der Prozeßvollmacht	173
§ 23 Zusammenfassung	182
IV. Teil Die Prozeßverträge	184
§ 24 Allgemeine Grundsätze	184
§ 25 Der Prozeßvergleich	192
§ 26 Prozeßverträge, die in der Regel während eines anhängigen Verfahrens, aber sowohl innerhalb als auch außerhalb des Prozesses abgeschlossen werden	203
I. Die gesetzlich geregelten Verträge	203
II. Der vorgängige vertragliche Verzicht auf Rechtsmittel und Rechtsbehelfe	206
III. Der Rechtsmittelverzichtsvertrag nach Urteilsverkündung . .	216
IV. Der außergerichtliche Vergleich	216
§ 27 Prozeßverträge, die in der Regel vor Beginn des Verfahrens abgeschlossen werden	218
I. Der Prorogationsvertrag	218
II. Der Schiedsvertrag	230
III. Die Beweisverträge	248
§ 28 Der Klagezurücknahmevertrag	260
§ 29 Verträge, mit denen eine Verpflichtung zur Vornahme oder Unterlassung von Prozeßhandlungen übernommen wird	268

Inhaltsverzeichnis

§ 30 Zusammenfassende Betrachtung der Prozeßverträge im Vergleich zu den unbestrittenen einseitigen Prozeßhandlungen	276
V. Teil Die Bestimmung des Prozeßhandlungsbegriffs	281
§ 31 Gruppierung der umstrittenen Grenzfälle	281
§ 32 Die Fragestellung, unter der die Begriffsbestimmung vorzu- nehmen ist	283
§ 33 Die Begriffsmerkmale für einen funktionellen Prozeßhandlungs- begriff	286
§ 34 Zur Einteilung der Prozeßhandlungen	288
§ 35 Vorschlag einer Definition	291
Sachregister	293

Abkürzungsverzeichnis

(Weitere Abkürzungen im Literaturverzeichnis und in den Fußnoten)

AcP	= Archiv für die civilistische Praxis
AkadZ	= Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
AnfG	= Gesetz betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen außerhalb des Konkurses vom 21. VII. 1879 (Fassung vom 20. V. 1898)
AnwBl	= Anwaltsblatt
AP	= Arbeitsrechtliche Praxis (1950/1954; ab 1954 Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts, herausgegeben von Hueck-Nipperdey-Dietz)
ArbG	= Arbeitsgericht
ArbGG	= Arbeitsgerichtsgesetz vom 3. 9. 1953
AR-Blattei	= Arbeitsrecht-Blattei
ArchÖffR	= Archiv des öffentlichen Rechts
ArchRPhil	= Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie
BARbG	= Bundesarbeitsgericht
Baumbach-Lauterbach	= Adolf B., Wolfgang L., Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, Kommentar, 24. Aufl., München, Berlin 1956
BayerJMBI	= Bayerisches Justizministerialblatt
BayOLG	= Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayZ	= Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern
Bernhardt	= Wolfgang B., Grundriß des Zivilprozeßrechts, 2. Aufl., Tübingen 1951
A. Blomeyer, Schuldrecht	= Arwed B., Allgemeines Schuldrecht, Berlin, Frankfurt 1953
De Boor	= Hans Otto de B., Rechtsstreit. Einschließlich Zwangsvollstreckung, Berlin 1940
R. Bruns	= Rudolf B., Zivilprozeßrecht, Hannover 1949
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
DB	= Der Betrieb, Wochenschrift für Betriebswirtschaft, Steuerrecht, Wirtschaftsrecht, Arbeitsrecht
DGWR	= Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht
DJZ	= Deutsche Juristenzeitung
DNorZ	= Deutsche Notarzeitschrift
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung
DR	= Deutsches Recht
DRechtsw	= Deutsche Rechtswissenschaft
DRsp	= Deutsche Rechtsprechung, herausgegeben von Günter Feuerhake
DRZ	= Deutsche Rechts-Zeitschrift
DRichtZ	= Deutsche Richterzeitung
DVB1	= Deutsches Verwaltungsblatt
Enneccerus-Lehmann	= Ludwig E., Heinrich L., Recht der Schuldverhältnisse, 14. Aufl., Tübingen 1954

Abkürzungsverzeichnis

Enneccerus-Nipperdey	= Ludwig E., Hans Carl N., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 14. Aufl., Tübingen 1. Halbd 1952, 2. Halbbd 1955
Esser,	
Schuldrecht	= Josef E., Lehrbuch des Schuldrechts, Karlsruhe 1949
FamRZ	= Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Förster-Kann	= A. F., Richard K., Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 3. Aufl., Berlin 1913/1926
GerS	= Der Gerichtssaal
GG	= Bonner Grundgesetz
GKG	= Gerichtskostengesetz
Götting.gel.	
Anz.	= Göttingische gelehrte Anzeigen
Goldschmidt	= James G., Der Prozeß als Rechtslage, Berlin 1925
Goldschmidt, Lb.	= James G., Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Berlin 1932
Gruch	= Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot
Grünh	= Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht, herausgegeben von Grünhut
GVG	= Gerichtsverfassungsgesetz
Hellwig, Lb.	= Konrad H., Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, Leipzig Bd 1 1903, Bd 2 1907, Bd 3, 1 1908
Hellwig,	
Syst I	= Konrad H., System des Deutschen Zivilprozeßrechts, Teil 1, Leipzig 1912
Hellwig-Oertmann,	
Syst II	= Konrad H., Paul O., System des Deutschen Zivilprozeßrechts, Teil 2, vollendet von Paul Oertmann, Abt. II von Paul Oertmann, Leipzig 1919
HEZ	= Höchstrichterliche Entscheidungen, Zivilsachen
HRR	= Höchstrichterliche Rechtsprechung (Beilage der Juristischen Rundschau)
JbFD	= Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts, begründet von Jhering
JN	= Jurisdiktionsnorm v. 1. 8. 1895
Jonas-Pohle	= Martin J., Rudolf P., Zwangsvollstreckungsnotrecht, 16. Aufl., Berlin, Frankfurt 1954
Jud	= Das Judicium
JBl	= Juristische Blätter, Wien
JR	= Juristische Rundschau
JW	= Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltsvereins
JZ	= Juristenzeitung
KG	= Kammergericht
Kleinfeller	= Georg G., Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl., Berlin 1910
Komm	= Kommentar
KonkTreuH	= Zeitschrift für Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
LArbG	= Landesarbeitsgericht
Larenz,	
Schuldrecht	= Karl L., Lehrbuch des Schuldrechts, München, Berlin, 1. Bd. 1953, 2. Bd 1956

Abkürzungsverzeichnis

Lehmann, Allgemeiner Teil	= Heinrich L., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 9. Aufl., Berlin 1955
LeipZ	= Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
Lent	= Friedrich L., Zivilprozeßrecht, 6. Aufl., München, Berlin 1955
LG	= Landgericht
LM	= Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
LwG	= Landwirtschaftsgericht
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
MonKrim	
Psych	= Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform
NdsRpfl	= Niedersächsische Rechtspflege
Nikisch	= Arthur N., Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Tübingen 1952
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
OGHZ	= Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Zivilsachen
Oertmann	= Paul O., Grundriß des Zivilprozeßrechts, 4. u. 5. Aufl., Leipzig 1930
Österr.Archiv f.Kirchenrecht	= Österreichisches Archiv für Kirchenrecht
ÖsterrJZ	= Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	= Oberlandesgericht
OVG	= Obergerverwaltungsgericht
Palandt	= Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Kommentar, 14. Aufl., München, Berlin 1955
PH	= Parteiprozeßhandlung
Plank (Lb.)	= Julius Wilhelm P., Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Nördlingen 1887
Plank,Komm zum BGB	= Julius Wilhelm P., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., Berlin 1913/30
RabelsZ	= Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RAGeBo	= Gebührenordnung für Rechtsanwälte v. 7. 7. 1879
RdA	= Recht der Arbeit
Recht	= Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristerstand, seit 1925 mit dem Untertitel Juristisches Zentralblatt für Praktiker, zuletzt Monatsbeilage der Deutschen Justiz
RG	= Reichsgericht
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RGRKomm	= Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 10. Aufl.
RGVZS	= Entscheidung der vereinigten Zivilsenate des Reichsgerichts
RGBI	= Reichsgesetzblatt
Rosenberg	= Leo R., Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 7. Aufl., München, Berlin 1956
Rsp	= Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann
SA	= Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte
SächsThArch Rpfl	= Archiv für Rechtspflege in Sachsen, Thüringen und Anhalt

Abkürzungsverzeichnis

Sauer, Grundlagen	= Wilhelm S., Grundlagen des Prozeßrechts, 2. Aufl., Stuttgart 1929
Sauer, Prozeß- rechtslehre	= Wilhelm S., Allgemeine Prozeßrechtslehre, Berlin, Köln 1951
SchlHA	= Schleswig-Holsteinische Anzeigen
E. Schmidt, Lehr- kommentar	= Eberhard S., Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I: Die rechtstheoretischen und rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts, Göttingen 1952
R. Schmidt	= Richard S., Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl., Leipzig 1906
Schönke- Schröder- Niese	= Adolf S., Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Aufl., Neubearb. v. H. Schröder, W. Niese, Karlsruhe 1956
Schweiz JZ	= Schweizerische Juristen-Zeitung
SeuffBlfRA	= Dr. J. A. Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung
SJZ	= Süddeutsche Juristen-Zeitung
Skonietzki- Gelpcke	= Richard S., Max G., Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das deutsche Reich nebst den Ausführungsgesetzen und den preuß. Ausführungsgesetzen, Kommentar, Berlin 1905/16.
Soergel	= Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Kommentar, 8. Aufl., Stuttgart, Köln 1952/55
Staudinger	= Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, 9. Aufl., München, Berlin, Leipzig 1925 und — soweit erschienen — 10. Aufl. (1936 ff.) sowie 11. Aufl. (1954/55)
Stein, Enz	= Friedrich S., Das Zivilprozeßrecht, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Karl Birkmeyer, 2. Aufl., S. 923 ff., Berlin 1904
Stein-Jonas- Pohle	= Friedrich S., Martin J., Rudolf P., Die Zivilprozeßordnung, Kommentar, 16. Aufl., Tübingen 1939
Stein-Jonas- Schönke	= Friedrich S., Martin J., Adolf S., Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 17. Aufl., Tübingen 1949
Stein-Jonas- Schönke-Pohle	= Friedrich S., Martin J., Adolf S., Rudolf P., Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 18. Aufl., Tübingen 1953/56
Stein-Juncker	= Friedrich S., Josef J., Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts, 2. Aufl., Tübingen 1924
StPO	= Strafprozeßordnung
Struckmann- Koch	= J. S., R. K., Die Zivilprozeßordnung, Kommentar, 9. Aufl., Berlin 1910
Studium Generale	= Zeitschrift für die Einheit der Wissenschaften im Zusammenhang ihrer Begriffsbildungen und Forschungsmethoden

Abkürzungsverzeichnis

Sydow-Busch-Krantz-Triebel	= R. S., L. B., K., T., Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar, 22. Aufl., Berlin, Leipzig 1941
V. Thur	= Andreas v. T., Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Leipzig 1910/18
VVG	= Versicherungsvertragsgesetz vom 30. 5. 1908
Wach, Handbuch	= Adolf W., Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, Leipzig 1885
WarnRsp	= Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen; Ergänzungsband
Weismann	= Jakob W., Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Stuttgart 1903
Wieczorek	= Bernhard W., Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Bd I 1. Buch Lief. 1, Berlin 1956
Wilmowski-Levy	= G. v. W., M. L., Civilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich nebst den Einführungsgesetzen, Kommentar, 5. Aufl., Berlin 1889
ZZP	= Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß und das Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, begründet von Busch
ZfRPh	= Zeitschrift für Rechtsphilosophie in Lehre und Praxis
ZHR	= Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht, begründet von Goldschmidt
ZPO	= Zivilprozeßordnung
ZStrW	= Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Die ohne Gesetz zitierten Paragraphen bedeuten die Bestimmungen der ZPO.

Literaturverzeichnis

(Hier sind nur diejenigen Abhandlungen aufgenommen, die sich vorwiegend mit Problemen aus dem Bereich der Prozeßhandlungen befassen. Die übrige Literatur ist in den Fußnoten angeführt)

- | | |
|------------------------------|---|
| Alberti, Egon | Einwirkung des außergerichtlichen Vergleichs auf den schwebenden Rechtsstreit, JW 1934, 1137 ff.
Das Anerkenntnis im schwebenden Rechtsstreite, DGWR 1941, 171 ff. |
| Arndt, Herbert | Das Anerkenntnis des Beklagten, DRichtZ 1954, 163. |
| Barz, Carl Hans | Das Klagezurücknahmeversprechen, Mannheim, Berlin, Leipzig 1933, Beiträge zum Zivilprozeß, H. 15 (abgekürzt: Klagezurücknahmeversprechen). |
| Baumgärtel, Gottfried | Die fehlerhaften Prozeßhandlungen nach dem Recht des Codex Iuris Canonici, Oesterr. Archiv f. Kirchenrecht 1954, 161 ff. |
| Benkendorff, Gerhard | Die vertragliche Klage- und Rechtsmittelrücknahme, ein Beitrag zur Lehre von den Prozeßverträgen, Dissertation Greifswald 1932. |
| Bohn, Karlheinz | Vollstreckungsausschließende Verträge, Dissertation Frankfurt 1955 (Maschinenschrift).
Zulässigkeit und Wirksamkeit von Konkursverträgen, KonkTreuhW 1955, 135 ff. |
| Bruniecki | Zuständigkeitsvereinbarungen, JW 1938, 1790 f. |
| Bucerius | Eventuell verbundene Anträge, ZZP 37 (1908), 193 ff. |
| Bülow, Oskar | Dispositives Zivilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, AcP 64 (1881), 1 ff.
Das Geständnisrecht, Freiburg 1899 (abgekürzt: Geständnisrecht). |
| Bunsen | Prozeßrechtsgeschäfte, ZZP 35 (1906), 401 ff. |
| Deinhardt, Kurt | Zur Lehre von den Prozeßhandlungen, Dissertation Erlangen 1952 (Maschinenschrift). |
| Dëus, Henning | Der Irrtum bei der Klageerhebung und bei der Einlegung von Rechtsmitteln, Dissertation Bonn 1933. |
| Dick, Paul | Die Anfechtbarkeit von Prozeßhandlungen, Dissertation Köln 1936. |
| Dickhoff, Volker | Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß, Dissertation Erlangen 1941. |
| Dittrich, Hans | Die sogenannten Exklusivverträge über prozessuale Rechtsverhältnisse, Dissertation Heidelberg 1908. |
| Drüll, Alfred | Die Anwendbarkeit bürgerlichrechtlicher Normen auf die Parteihandlungen im Zivilprozeß, Dissertation Köln 1934. |
| Ebbecke | Verfügungsmacht im Prozesse, ZZP 48 (1920), 153 ff. |

Literaturverzeichnis

- Esser, Josef** Heinrich Lehmann und die Lehre vom Prozeßvergleich, Festschrift für Heinrich Lehmann, Berlin, Frankfurt, Tübingen 1956, S. 713 ff.
- Fischer, Walther** Eventualhäufungen in Klage, Widerklage und Rechtsmittel, Dissertation Göttingen 1912.
- Fitting, Hermann** Liegt in der Prozeßvollmacht die Ermächtigung zur Abgabe und zum Empfang der Aufrechnungserklärung? Festgabe für Heinrich Dernburg, Halle 1900, S. 3 ff. (abgekürzt: Festgabe für Dernburg).
- Friedrichs** Anfechtung von Streithandlungen, ZZZ 50 (1926), 82 ff.
- Fröhlich, Georg** Widerruf der Rechtsmittelrücknahme, JR 1955, 336 f.
- Gaude, Christa Renate** Die verdeckte richterliche Gestaltung, insbesondere bei Wandlung und Prozeßaufrechnung, Dissertation Kiel 1954 (Maschinenschrift).
- Göcker, Herbert** Die Heilung von Mängeln im Zivilprozeß, Dissertation Jena 1933.
- Görres, K. H.** Über das Verschulden im Prozesse, ZZZ 34 (1905), 1 ff.
- Grabner** Die Natur des prozessualen Verzichts und Anerkenntnisses und des Prozeßvergleichs, Gruch 61 (1917), 65 ff. Die einseitigen privatrechtlichen Willenserklärungen im Rechtsstreit und das Verhältnis des bürgerlichen und des prozessualen Rechts. Eventuelles Vorbringen im Rechtsstreite, ZZZ 48 (1920), 531 ff.
- Gradhandt, Ernst** Die Zuständigkeitsvereinbarung (§ 38 ZPO), Dissertation Rostock 1936.
- Grünebaum, Julius** Über vertragsmäßigen Verzicht auf die Rechtsmittel des Zivilprozesses, Dissertation Heidelberg 1905.
- Habscheid, Walther J.** Die Rechtsnatur des Schiedsvertrages und ihre Auswirkungen, KonkTreuH 1955, 33 ff. Das Schiedsgutachten, Festschrift für Heinrich Lehmann, Berlin, Frankfurt, Tübingen 1956, S. 789 ff.
- Hegler, August** Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis und Verzicht, Tübingen, Leipzig 1903 (abgekürzt: Beiträge).
- Heldmann** Die Anfechtung eines Prozeßvergleichs, ZZZ 44 (1914), 449 ff.
- Hellwig, Konrad** Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft, Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Otto v. Gierke, Bd 2, Breslau 1910, S. 43 ff. (abgekürzt: Prozeßhandlung).
- Hölder, E.** Die Natur des gerichtlichen Geständnisses, ZZZ 28 (1901), 389 ff.
- Hoffmann, Adalbert** Verträge im Prozeßrecht, Dissertation Marburg 1927.
- Jessen, Uwe** Zur Anfechtung des Prozeßvergleichs, JR 1956, 8 ff.
- Jürgens, Rolf** Die Rechtsnatur des Schiedsvertrages, Dissertation Göttingen 1929.
- Kayser** Rechtsmittelverzicht im Zivilprozeß, DJZ 1912, 685 f.

- Kern, Eduard** Zur Lehre von den Prozeßhandlungen im Strafprozeß, Festschrift für Otto Lenel, Leipzig 1923, S. 52 ff. (abgekürzt: Festgabe für Lenel).
- Kisch, Wilhelm** Klagverzicht und Erledigung der Hauptsache, Recht 1924, 1 ff.
Einige Bemerkungen zum Wesen des Schiedsvertrages, ZZP 51 (1926), 321 ff.
Schiedsvertrag bei ungültigem Hauptvertrag, Jud 3 (1931), 53 ff.
- Klein, Franz** Die schuldhafte Parteihandlung, Wien 1885.
- Knecht, Otto** Die Beweisverträge im Zivilprozeß, Dissertation Freiburg i. Br. 1937.
- Köst, Ewald** Das Klagerücknahmeversprechen, SächsThArchRpfl 1935, 145 ff.
Außergerichtlicher Vergleich, Klagerücknahmeversprechen und Erledigung in der Hauptsache, DR 1940, 97 f.
Über prozeßrechtliche Verträge und Kreationen, Gruch 31 (1887), 276 ff., 481 ff.
Kompensation und Prozeß, ZZP 20 (1894), 1 ff.
Prozeßhandlungen mit Civilrechtswirkung, ZZP 29 (1901), 1 ff.
- Krusch, Walter** Das Wesen des Vergleichs zur Abwendung des Konkurses, Mannheim, Berlin, Leipzig 1933, Beiträge zum Zivilprozeß, H. 16 (abgekürzt: Vergleich).
- Lang, Alfred** Die Zulässigkeit bedingter Parteihandlungen im Zivilprozeß, Dissertation München 1954 (Maschinenschrift).
- Lange** Willensmängel bei Prozeßhandlungen, ZZP 53 (1928), 246 ff.
- Lazarus, Johann** Die Erledigung der Hauptsache im Zivilprozeß, Gruch 52 (1908), 593 ff.
- Lehmann, Heinrich** Die Rechtsnatur des Klageanerkennnisses, Festgabe für Paul Krüger, Berlin 1911, S. 217 ff. (abgekürzt: Festgabe für Paul Krüger).
Der Prozeßvergleich, München 1911, Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, Bd 22 H. 1 (abgekürzt: Prozeßvergleich).
- Lempp, Hans** Prozessuale Rechtsgeschäfte, Dissertation Erlangen 1940.
- Lent, Friedrich** Der Klagverzicht, DRZ 1948, 9 ff.
Die rein prozessuale Bedeutung des Anerkenntnisses, Festgabe für Leo Rosenberg, München, Berlin 1949, S. 123 ff. (abgekürzt: Festgabe für Rosenberg).
- Liermann, Dorothea** Die Anfechtung des Prozeßvergleichs wegen Willensmängel, Dissertation Erlangen 1949 (Maschinenschrift).
- Luxenberg, Lothar** Zur Lehre von den mangelhaften Parteihandlungen im Zivilprozeß und ihrer Heilung, Dissertation Erlangen 1935.
- Matzke, Otto** Der Einfluß des außergerichtlichen Vergleichs auf den anhängigen Prozeß, Dissertation Würzburg 1935.

Literaturverzeichnis

- Mecklenburg, Gertrud Die Rechtsnatur von Prozeßhandlungen und die Anwendbarkeit zivilrechtlicher Vorschriften, insbesondere über Willensmängel, Schein und Scherz, Dissertation Leipzig 1934.
- Neuner, Robert Privatrecht und Prozeßrecht, Mannheim, Berlin, Leipzig 1925, Beiträge zum Zivilprozeß, H. 3.
- Niese, Werner Prozeßhandlungen und Verträge über Prozeßhandlungen, Dissertation Jena 1931 (abgekürzt: Dissertation). Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen. Ein Beitrag zur allgemeinen Prozeßrechtslehre, Göttingen 1950 (abgekürzt: Prozeßhandlungen).
- Nikisch, Arthur Die Aufrechnung im Prozeß, Festschrift für Heinrich Lehmann, Berlin, Frankfurt, Tübingen 1956, S. 765 ff.
- Novak, Franz Zur prozessualen Aufrechnungseinrede des österreichischen Rechts, JBl 1951, 504 ff.
- Nußbaum, Arthur Die Prozeßhandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse, München 1908, Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, Bd 17 H. 1 (abgekürzt: Prozeßhandlungen).
- Oertmann, Paul Der vorgängige Rechtsmittelverzicht, ZZP 45 (1915), 389 ff.
Die Aufrechnung im Deutschen Zivilprozeßrecht, Berlin 1916 (abgekürzt: Aufrechnung).
- Paul, Karl Der Vergleich im Civilprozeß, Leipzig 1898 (abgekürzt: Vergleich).
- Petzold Ermächtigt die Prozeßvollmacht zur Aufrechnung? Gruch 44 (1900), 845 ff.
- Pfizer, G. Eventuelles Vorbringen, ZZP 21 (1895), 367 ff.
- Pohle, Rudolf Buchbesprechung: Werner Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, MDR 1951, 702.
Sobre la terminación del proceso civil por medio de la transacción, Revista de Derecho Privado 1954 (Nr. 442), 1 ff. (Madrid).
- Pollak, Rudolf Gerichtliches Geständnis im Civilprozeß, Berlin 1893.
- Reichenheim, Claus Die materiellen Prozeßverträge und ihre praktische Bedeutung im Scheinprozeß, Dissertation Würzburg 1912.
- Rosenberg, Leo Stellvertretung im Prozeß, Berlin 1908 (abgekürzt: Stellvertretung).
- Rothe Einwirkungen eines außergerichtlichen Vergleichs auf den schwebenden Rechtsstreit, JW 1934, 657 ff.
- Sachse Beweisverträge, ZZP 54 (1929), 409 ff.
- Schiedermaier, Gerhard Vereinbarungen im Zivilprozeß, Bonn 1935, Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen, H. 33 (abgekürzt: Prozeßvereinbarungen).
- Schmid, Hermann F. Der vertragsmäßige Verzicht auf Rechtsmittel, Gruch 58 (1914), 350 ff.

Literaturverzeichnis

- Schmidt, Arno** Der Prozeßvergleich und seine Aufhebung, ZZZ 58 (1934), 395 ff.
Einwirkung des außergerichtlichen Vergleichs auf den schwebenden Rechtsstreit, JW 1934, 1886 ff.
- Schmidt, Richard** Die Formen der Anfechtung eines Prozeßvergleichs, BayZ 1907, 1 ff.
- Schneider, Konrad** Anfechtung wegen Irrtums im Laufe des Prozesses, ZZZ 31 (1903), 271 ff.
- Schubel, Hans-Dietrich** Der Prozeßvergleich als Prozeßhandlung, Dissertation Hamburg 1952 (Maschinenschrift).
- Schüller, Wilhelm** Die Wirksamkeit von Beweisverträgen nach geltendem Prozeßrecht, Dissertation Göttingen 1932.
- Schwarzer, Herbert** Beiträge zur Lehre vom Prozeßvergleich, Dissertation Erlangen 1953 (Maschinenschrift).
- Siegert, Karl** Die Prozeßhandlungen, ihr Widerruf und ihre Nachholung, Berlin 1929 (abgekürzt: Prozeßhandlungen).
- Simon, Manfred** Zur Lehre vom Prozeßvergleich, Dissertation Jena 1911.
- Sperl, Hans** Vereinbarung der Zuständigkeit und Gerichtsstand des Erfüllungsortes, Graz 1897.
- Stein, Friedrich** Buchbesprechung: Konrad Hellwig, Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft, ZZZ 41 (1911), 417 ff.
Bedingte Prozeßhandlungen, DJZ 1913, 35 ff.
- Süss, Theodor** Die Wirkungsgrenzen des Anerkenntnisses im deutschen Reichszivilprozeßrecht, Berlin 1921, Rechtswissenschaftliche Studien, H. 11 (abgekürzt: Anerkenntnis).
- Tamm, Martin** Die Einwirkung des außergerichtlichen Vergleichs auf den schwebenden Rechtsstreit, Dissertation Jena 1931.
- Trautmann, Fritz Kurt** Wille und Prozeßhandlung. Ein Beitrag zu den Lehren des allgemeinen Zivilprozeßrechts, Dissertation Heidelberg 1931.
- Trutterm, Josef** Über prozessualische Rechtsgeschäfte, München 1890 (abgekürzt: Prozeßrechtsgeschäfte).
- Wach, Adolf** Das Geständnis. Ein Beitrag zur Lehre von den prozessualischen Rechtsgeschäften, AcP 64 (1881), 201 ff.
Prozeßvollmacht und Einrede der Aufrechnung. Ein Beitrag zur Lehre von den Prozeßhandlungen, ZZZ 27 (1900), 1 ff.
- Walsmann, Hans** Der Irrtum im Prozeßrecht, AcP 102 (1907), 1 ff.
- Walter, Franz** Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozeß, Dissertation Breslau 1931.
- Wehmeyer, Walter** Die Anfechtung von Prozeßklärungen außerhalb der ordentlichen Rechtsmittel, Dissertation Köln 1938.
- Weismann, Jakob** Zur Lehre vom zivilprozessualen Anerkenntnis, BayZ 1909, 217 ff.
- Werner, Alfred** Willensmängel bei Prozeßhandlungen, Grünh 41 (1915), 337 ff.
- Wolf, H.** Der Prozeßvergleich, AcP 88 (1898), 153 ff.

EINLEITUNG

§ 1. Gegenstand der Darstellung

Die folgende Untersuchung soll dazu beitragen, das Wesen und den Begriff der Partei-Prozeßhandlung (= PH) im deutschen Zivilprozeßrecht zu klären. Die Beschränkung des Themas auf die Parteihandlung im Bereich des deutschen Zivilprozeßrechts erscheint aus verschiedenen Gründen geboten. Es wäre zwecklos, den Begriff der Prozeßhandlung so zu bestimmen, daß er Partei- und Richterhandlung umfaßte, da die Tätigkeit von Richter und Parteien wesensmäßig völlig verschieden ist¹⁾. Die Untersuchung beschränkt sich daher auf Parteihandlungen. Auch muß davon abgesehen werden, eine für Straf- und Zivilprozeßrecht in gleicher Weise geltende Definition der PH zu finden. Eine gemeinsame Untersuchung beider Verfahrensarten, wie sie sich in den Arbeiten von *Goldschmidt*²⁾, *Niese*³⁾, *Sauer*⁴⁾, und *Siegert*⁵⁾ findet, erscheint mit Rücksicht auf den Strukturunterschied beider Verfahrensarten und die für das einzelne Verfahren noch bestehenden Unklarheiten methodisch nicht ratsam⁶⁾. Damit soll nicht der Wert einer allgemeinen Prozeßrechtslehre⁷⁾ in Frage gestellt werden. Das Gemeinsame kann aber nur herausgearbeitet werden, wenn zunächst Klarheit innerhalb der einzelnen Rechtsgebiete besteht⁸⁾. Es kann daher auch die Frage auf sich beruhen, ob man die PH als einen für alle Verfahrensarten in gleicher Weise bedeutsamen „prozessualen Grundbegriff“⁹⁾ bezeichnen kann.

1) *Lent*, § 29 I.

2) *Der Prozeß als Rechtslage*, Berlin 1925.

3) *Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen. Ein Beitrag zur allgemeinen Prozeßrechtslehre*, Göttingen 1950.

4) *Grundlagen des Prozeßrechts*, 2. Aufl., Stuttgart 1929; *Allgemeine Prozeßrechtslehre*, Berlin, Köln 1951.

5) *Die Prozeßhandlungen, ihr Widerruf und ihre Nachholung*, Berlin 1929.

6) Diese Überlegungen gelten auch für die übrigen Verfahrensarten wie z. B. für das Verwaltungsgerichtsverfahren.

7) Vgl. hierzu *Hans Schima*, *Aufgaben und Grenzen einer allgemeinen Verfahrenslehre*, *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 1955, S. 73 ff.

8) *v. Hippel*, *ZZP* 65, 429 f., 452; *Kern*, *Festgabe für Lenel*, 1923, S. 57.

9) *Niese*, *Prozeßhandlungen*, S. 82; *E. Schmidt*, *Lehrkommentar*, S. 96 Anm. 204; ähnlich *Sauer*, *Prozeßrechtslehre*, S. 130, der von einem „Grundbegriff tatsächlicher Art“ spricht; vgl. auch *Engisch*, *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg 1935, S. 80 zu Anm. 3; dagegen lehnen es *Kern*, aaO. S. 58 f., *Fuchsberger*,

Mit Rücksicht darauf, daß die Bestimmung des PHbegriffs eine eingehende Überprüfung derjenigen Parteihandlungen erfordert, deren PHcharakter umstritten ist, erscheint es zweckmäßig, die Untersuchung auf das Erkenntnisverfahren zu beschränken. Eine derartige Begrenzung des Themas ist sachlich möglich. Wenn in einen für das ganze Zivilprozeßrecht anwendbaren PHbegriff an sich auch die Vollstreckungshandlungen mit einzubeziehen sind, so liegt die Hauptbedeutung des PHbegriffs doch im Bereich des Erkenntnisverfahrens. Das ergibt sich schon daraus, daß die Einwirkungsmöglichkeiten der Parteien im Vollstreckungsverfahren erheblich geringer sind als im Erkenntnisverfahren. Sie sind im wesentlichen auf die Stellung von Anträgen und Gesuchen sowie auf die Einlegung von Rechtsbehelfen beschränkt, eine Mitwirkung an der Vollstreckung selbst besteht nur in wenigen Ausnahmefällen¹⁰⁾.

§ 2. Der Wert einer Definition des Prozeßhandlungsbegriffs für Recht und Rechtswissenschaft

I. Die obigen Überlegungen rechtfertigen zwar die vorgenommene Begrenzung des Themas, lassen aber die Frage offen, ob bei dem Stand unserer Wissenschaft eine solche Untersuchung überhaupt noch notwendig ist. Überblickt man die Fülle der Literatur, die sich mit den PHen beschäftigt, so könnte man zu der Ansicht kommen, daß das Thema erschöpft sei, wie *Pollak* schon 1931 geäußert hat¹¹⁾. Auch gehen die Meinungen über den Inhalt des PHbegriffes so weit auseinander, daß *Schiedermair* recht zu haben scheint, wenn er meint, daß sich eine Einigkeit über den Begriff kaum werde erzielen lassen¹²⁾. Eine Aufhellung dieser Meinungsverschiedenheiten wird am besten zeigen, ob sich diesem viel umstrittenen Problem neue Gesichtspunkte abgewinnen lassen.

Die Notwendigkeit einer Begriffsbestimmung bedarf noch einer Rechtfertigung. Es bliebe zu erwägen, ob es für die praktische Rechtsanwendung

Arglistige Täuschung im Zivilprozeßrecht, Rostock 1930, S. 4 und *Siebert*, Prozeßhandlungen, S. 18 ab, die PH als juristischen Grundbegriff anzusehen. Es ist den Erstgenannten darin zuzustimmen, daß man im Rahmen der allgemeinen Prozeßrechtslehre von „prozessualen Grundbegriffen“ sprechen kann; vgl. dazu *Heck*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932 (im folgenden abgekürzt: Begriffsbildung), S. 60 f., gegen *Somló*, Juristische Grundlehre, Leipzig 1917, S. 26 ff.; zur Frage der Vereinheitlichung der prozessualen Grundbegriffe vgl. *Lent*, NJW 1954, 1587; *Marquardt*, JR 1955, 164.

¹⁰⁾ *Frach*, ZZP 54, 259 f.; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, II vor § 704.

¹¹⁾ JBl 1931, 132.

¹²⁾ Prozeßvereinbarungen, S. 167.

und das Verständnis der PHen nicht förderlicher wäre, den Schwerpunkt der Untersuchung auf wichtige Einzelfragen wie z. B. die Heilung fehlerhafter Prozeßhandlungen usw. zu verlegen¹³⁾ und zu diesem Zweck von einer der schon aufgestellten Begriffsbestimmungen oder einer ad hoc — für den besonderen Untersuchungszweck — geschaffenen Definition auszugehen. Daß man auf diese Weise zu praktisch brauchbaren Ergebnissen kommen kann, zeigt die Arbeit von *Siegert* über die Fragen des Widerrufs und der Nachholung von PHen. Damit ist jedoch nicht gesagt, worauf *Niese*¹⁴⁾ mit Recht hinweist, daß eine allgemeine Definition des PHbegriffs überhaupt überflüssig sei¹⁵⁾. Ob es sinnvoll ist, dem Begriff der PH eine eingehende Untersuchung zu widmen, hängt davon ab, welche Bedeutung die Begriffe im allgemeinen für die Rechtswissenschaft zur Erfüllung ihrer beiden Aufgaben, der Rechtsschöpfung und der Rechtsbetrachtung¹⁶⁾, haben und welcher Wert dem PHbegriff im besonderen für Lehre und Praxis zukommt¹⁷⁾. Zu der viel behandelten Frage der Bildung und Bestimmung von Rechtsbegriffen kann im Rahmen dieser Arbeit allerdings nur insoweit Stellung genommen werden, als es zur Klarstellung des eigenen Standpunkts erforderlich ist.

II. Daß eine Notwendigkeit für die Bildung und Bestimmung von Begriffen besteht, ist nicht etwa eine These der sog. Begriffsjurisprudenz, sondern wird selbstverständlich ganz allgemein und auch von den Vertretern der Interessenjurisprudenz anerkannt¹⁸⁾. Diese wenden sich nur dagegen, daß die von der Wissenschaft geschaffenen, der systematischen Ordnung dienenden Begriffe zur Gewinnung neuer Rechtsinhalte verwandt werden¹⁹⁾. Es ist den Vertretern der Interessenjurisprudenz darin zuzustimmen, daß die Gewinnung von Rechtsnormen anderen Regeln unterworfen ist als die Systemat-

¹³⁾ Vgl. *Sauer*, Prozeßrechtslehre, S. 131 f.

¹⁴⁾ Prozeßhandlungen, S. 82.

¹⁵⁾ *K. Blomeyer* hält die Klärung des Begriffs für ein dringendes Anliegen, *Sächs-ThArchRpfl* 1931, 182.

¹⁶⁾ *Stoll*, AcP 133, Beiheft, S. 78; *Heck* unterscheidet zwischen Normgewinnung und Formung, vgl. Begriffsbildung, S. 61 f., 126 f.; *Schnorr v. Carolsfeld* hebt besonders die Aufgabe der Rechtsfortbildung hervor, vgl. *ArchPhil* Bd. 29, 19.

¹⁷⁾ Von dieser Frage geht auch *Niese* aus, vgl. Dissertation, S. 17 ff.

¹⁸⁾ *Heck*, DJZ 1909, 1458; Begriffsbildung, S. 9, 13; *Müller-Erzbach*, Wohin führt die Interessenjurisprudenz? Tübingen 1932 (im folgenden abgekürzt: *Interessenjurisprudenz*), S. 113; das geben auch *Oertmann*, Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft, Leipzig 1931, S. 1, 42, und *Binder*, ZHR 100, 31 zu.

¹⁹⁾ *Heck*, Begriffsbildung, S. 9. Dem stimmen auch diejenigen zu, die nicht als Anhänger der Interessenjurisprudenz bezeichnet werden können; vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre, Leipzig, Wien 1934, S. 99; *Oertmann*, aaO. S. 42 f. Vgl. auch *Coing*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin 1950, S. 273.

tisierung und Darstellung des positiven Rechtsstoffs. Diese Unterscheidung gilt ebenso für die Bestimmung von Begriffen. Wir haben die *normative* Begriffsbestimmung, die durch Auslegung der jeweiligen Normen gewonnen wird²⁰⁾, von der *systematischen* zu unterscheiden, für die ihr Zweck, die Einordnung in das wissenschaftliche System, ausschlaggebend ist²¹⁾. Der „normative“ Begriff wird wegen der Vieldeutigkeit des Ausdrucks „normativ“²²⁾ im folgenden „Rechtssatzbegriff“²³⁾ genannt.

Es wird daher im Rahmen dieser Untersuchung zu prüfen sein, ob bei der Bestimmung des PHbegriffs von einem systematischen oder einem Rechtssatzbegriff auszugehen ist. Die Verwendung der Bezeichnung „Prozeßhandlung“ an vielen Stellen des Gesetzes²⁴⁾ legt es zunächst nahe, die Begriffsbestimmung auf diese Normen abzustellen. Dies ist, wie noch zu zeigen sein wird, auch vielfach geschehen. Bei näherem Hinsehen stellt sich jedoch heraus, daß bei den meisten Gesetzesstellen mit dem Ausdruck „Prozeßhandlung“ etwas Verschiedenes gemeint ist. Der PHbegriff tritt uns hier als Rechtssatzbegriff mit jeweils verschiedenem Inhalt entgegen.

An der Findung der Bedeutungsgehalte der Rechtssatzbegriffe mitzuwirken, gehört zu den Aufgaben der Rechtswissenschaft. Die im Wege der Auslegung der einzelnen Norm gewonnene Definition des Rechtssatzbegriffs hat jedoch nur relativen Wert. Sie gilt lediglich für die jeweilige Norm. Die Aufstellung einer einheitlichen, für das ganze Zivilprozeßrecht geltenden Definition der PH würde die Auslegung der einzelnen Normen, die den PHbegriff enthalten, nicht überflüssig machen. Da die einzelnen Normen mit der Bezeichnung „Prozeßhandlung“ einen ganz verschiedenen Sinn verbinden, ließe sich aus ihnen allein auch schwerlich eine einheitliche Definition gewinnen²⁵⁾. Schon die spärliche Regelung der PHen im Gesetz selbst ließe es nicht zu, eine derartige positivistische, allein auf die gesetzliche Regelung abgestellte Begriffsbestimmung vorzunehmen. Die Abgrenzung des PHbereichs kann nicht einfach dadurch erreicht werden, daß alle diejenigen Gesetzesstellen, die den Ausdruck „Prozeßhandlung“ enthalten, vergleichend

²⁰⁾ Heck, Begriffsbildung, S. 69.

²¹⁾ Heck, aaO. S. 70.

²²⁾ Vgl. Heck, aaO. S. 69; Engisch, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, Heidelberg 1953 (im folgenden abgekürzt: Konkretisierung), S. 79 und dort Anm. 10; vgl. auch Thierfelder, Normativ und Wert in der Strafrechtswissenschaft unserer Tage, Tübingen 1934, S. 1 ff.

²³⁾ Vgl. Engisch, aaO. S. 233.

²⁴⁾ Vgl. die Übersicht bei Rosenberg, Stellvertretung, S. 58; Siegert, aaO. S. 18 Anm. 1; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Bem. IV 1 vor § 128.

²⁵⁾ Dazu Niese, Dissertation, S. 7/8.

§ 2. Wert einer Definition des Prozeßhandlungsbegriffs

nebeneinandergestellt werden, wie *Deinhardt*²⁶⁾ es vorschlägt. Damit soll nicht gesagt werden, daß die gesetzliche Normierung, soweit mit der Bezeichnung „Prozeßhandlung“ die Partei-Prozeßhandlung gemeint ist, für eine Begriffsbestimmung überhaupt nicht herangezogen werden kann. Sie vermag für die Abgrenzung des PHbereichs wertvolle Anhaltspunkte zu geben. Das gilt z. B. für die Bestimmung des § 78 Abs. 2, aus der *Rosenberg*²⁷⁾ entnimmt, daß auch solche Handlungen PHen im Sinne der ZPO sein können, die nicht Teile eines anhängigen Prozesses sind und auch nicht unmittelbar seiner Begründung dienen.

Mit dem Rechtssatzbegriff ist jedoch, wie bereits erwähnt, nur *eine* Art von Rechtsbegriffen aufgezeigt. Während sich *Rickert* in seiner Untersuchung über die juristischen Definitionen nur mit dieser Begriffsform befaßt²⁸⁾, stellt *Heck* den „normativen“ Begriffen die sog. „Ordnungsbegriffe“ gegenüber, die zum Zwecke der Systematisierung und Darstellung des Rechtsstoffs aufgestellt werden²⁹⁾. Eine ähnliche Unterscheidung findet sich bei *Radbruch*, der den „rechtlich relevanten Begriffen“, d. h. denen, die in den Tatbeständen der Gesetze vorkommen, die „echten Rechtsbegriffe“, das sind die konstruktiven und systematischen Begriffe, gegenüberstellt³⁰⁾. *Engisch* unterscheidet zwischen den „Rechtssatzbegriffen“ und den „rechtswissenschaftlichen“ Begriffen³¹⁾. Diese Zweiteilung der Rechtsbegriffe entspricht der Verschiedenheit der Aufgaben von Rechtsanwendung und Systematisierung. Zwischen beiden besteht insofern ein Zusammenhang, als auch der rechtswissenschaftliche Begriff an dem Material des Gesetzgebers orientiert sein muß, wenn auch der Rechtsforscher die Gesetzesmaterie nicht bloß nachzeichnet, sondern das vom Gesetz angelegte System weiter ausbaut³²⁾.

Die *rechtswissenschaftlichen* Begriffe, die im Gegensatz zu den *Rechtssatzbegriffen* stehen, dienen nicht nur der Ordnung und Darstellung des Rechtsstoffs, wie *Heck*³³⁾ es für die „Ordnungsbegriffe“ annimmt, die als *rein systematische* Begriffe zu bezeichnen sind, sondern sie können durch Zu-

²⁶⁾ Zur Lehre von den Prozeßhandlungen, Diss. Erlangen 1952 (Maschinenschrift), S. 4.

²⁷⁾ Stellvertretung, S. 58; ebenso *Deinhardt*, S. 24 ff.

²⁸⁾ Zur Lehre von der Definition, 3. Aufl., Tübingen 1929, S. 32 ff.; vgl. hierzu *Schwinge*, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, Bonn 1930, S. 18/19.

²⁹⁾ Begriffsbildung, S. 68 ff., 129 ff., 163 ff.

³⁰⁾ Rechtsphilosophie, 4. Aufl., Stuttgart 1950, S. 219.

³¹⁾ Konkretisierung, S. 164 ff.

³²⁾ *Engisch*, aaO. S. 166 f.; in ähnlichem Sinne spricht *R. Bruns* von der „Mittlerstellung der Rechtswissenschaft zwischen Gesetz und Praxis“ („Zur Struktur des Prozesses“, Festschrift für Schmidt-Rimpler, Anm. 14).

³³⁾ Vgl. Begriffsbildung, S. 173 ff.

sammenfassung gemeinsamer Merkmale unter einem bestimmten praktischen Gesichtspunkt auch für die Rechtsanwendung von Nutzen sein. Man kann solche Begriffe zur Unterscheidung von den rein systematischen als *praktisch-systematische* bezeichnen. Mit beiden Arten der rechtswissenschaftlichen Begriffe fördert die Rechtswissenschaft die Erfassung und Beherrschung des Rechtsstoffs und erleichtert damit die Arbeit der Praxis³⁴). Bei der Bildung und Bestimmung von — vor allem rein — systematischen Begriffen besteht allerdings immer die Gefahr, worauf *Rümelin* für das Prozeßrecht hinweist³⁵), daß lediglich Gegebenes und bereits Erkanntes neu dargestellt und formuliert wird.

Darüber hinaus nimmt *Stoll*³⁶) an, daß die Rechtswissenschaft mit der Bildung und Bestimmung von Begriffen auch eine rein theoretische Aufgabe erfülle: „Sie sucht nach den Grundsätzen, von denen aus die Masse der positiven Rechtssätze als eine widerspruchsslose, in sich geschlossene Ordnung von Begriffen und Formen verstanden werden kann; nicht nur um damit der Rechtsanwendung und Rechtsbeherrschung zu dienen, sondern aus dem jeder Wissenschaft innewohnenden Drang nach einheitlichem Erkennen“. *Heck* dagegen leugnet eine solche rein theoretische Aufgabe³⁷).

Rechtswissenschaftliche Begriffe können außerdem der didaktischen Systematik dienen³⁸). Diese hat jedoch nur sekundäre Bedeutung, da sie lediglich der Darstellung zu Lehrzwecken dient³⁹). Die Anschaulichmachung des Rechtsstoffs ist nicht das eigentliche Ziel der Rechtswissenschaft⁴⁰).

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß den Rechtssatzbegriffen die rechtswissenschaftlichen Begriffe gegenüberstehen, die sich wiederum in rein systematische und praktisch-systematische unterscheiden lassen. Für unsere Untersuchung scheidet die Bildung und Bestimmung eines Rechtssatzbegriffs aus, da kein praktisches Bedürfnis besteht, den PHbegriff wegen des in einzelnen Normen verwandten Ausdrucks „Prozeßhandlung“ einheitlich für das ganze Prozeßrecht zu definieren. Dennoch besteht die Notwendigkeit für eine Definition des PHbegriffs, die für das ganze Zivilprozeßrecht gilt. Dies ergibt sich schon aus der ständigen Verwendung des Begriffs in Recht-

³⁴) Über den Wert systematischer Begriffsbildung vgl. *Scheuner*, DÖV 1955, 322.

³⁵) Rechtspolitik und Doktrin in der bürgerlichen Rechtspflege, Tübingen 1926, S. 17.

³⁶) AcP 133, Beiheft, S. 108; ähnlich *Rümelin*, Eugen Huber, Tübingen 1923, S. 58.

³⁷) Begriffsbildung, S. 25, 152, 170, 198.

³⁸) *Radbruch*, Festgabe für Reinhard v. Franck, Tübingen 1930, I S. 159; *Hegler*, AcP 133, Beiheft, S. 217.

³⁹) *Hegler*, aaO. S. 217 ff., 222.

⁴⁰) Vgl. in anderem Zusammenhang *Engisch*, Konkretisierung, S. 83.

sprechung und Lehre. Auch die Tatsache, daß die PH die Beteiligungsform der Parteien am Prozeß ist, läßt eine Bestimmung dieses Begriffs wünschenswert erscheinen. Es ist dabei von der PH als einem rechtswissenschaftlichen Begriff auszugehen. Es bleibt nur zu klären, ob die Definition allein unter praktischen Gesichtspunkten zum Zweck der Rechtsanwendung oder in erster Linie zu theoretischen Zwecken und nur mittelbar auch für die Rechtsanwendung vorzunehmen ist. Es ist also die Frage, ob bei der Bestimmung des PH-begriffs von einem rein systematischen oder einem praktisch-systematischen Begriff auszugehen ist. Es bedarf keiner weiteren Begründung, daß die Definition nicht — oder jedenfalls nicht allein — zu didaktischen Zwecken aufgestellt wird. Allerdings bliebe zu erwägen, der Anschaulichkeit halber eine bestimmte Gruppe der PHen unter dem Begriff des „Prozeßrechtsgeschäfts“ zusammenzufassen. Auf diese Frage wird am Schluß der Untersuchung einzugehen sein. Der PHbegriff selbst dient jedenfalls nicht lediglich Lehrzwecken.

Mit der Bestimmung dieses Begriffs soll nicht nur eine theoretische Aufgabe erfüllt werden, wie sie *Stoll* vorschwebt. Nicht der Drang nach einheitlichem Erkennen ist es, der eine Definition der PH erforderlich macht, sondern das Bedürfnis der Praxis, die mit diesem Begriff täglich zu tun hat. Es ist daher von der PH als einem praktisch-systematischen Begriff auszugehen. Aufgabe der folgenden Untersuchung wird es sein, zu klären, unter welchem praktischen Gesichtspunkt die Begriffsbestimmung vorzunehmen ist. In Betracht kommt beispielsweise die Abgrenzung der PHen von dem bürgerlich-rechtlichen Parteiverhalten. In erster Linie ist danach zu fragen, was der Begriff praktisch leisten soll und welche Aufgaben ihm zukommen⁴¹⁾. Nur wenn sich herausstellen sollte, daß die Anforderungen der Praxis zu vielgestaltig sind, so daß eine einheitliche, allen Bedürfnissen gerecht werdende Definition zu weit ausfallen und damit inhaltlos würde, und wenn die Untersuchung in diesem Falle außerdem ergäbe, daß die Beschränkung des Begriffs auf *einen* praktischen Gesichtspunkt weder durchführbar noch zweckmäßig ist, nur dann bliebe zu erwägen, den PHbegriff als reinen „Ordnungsbegriff“ im Sinne von *Heck*, also als einen rein systematischen Begriff aufzustellen und zu definieren. Einem solchen allein der Systematisierung und Darstellung dienenden Begriff käme hauptsächlich eine klassifikatorische Bedeutung zu⁴²⁾. In diesem Falle würde zu erwägen sein, ob es für die Rechtserkenntnis nicht förderlicher wäre, an Stelle eines solchen systematischen Allgemeinbegriffs

⁴¹⁾ Ähnlich *Goldschmidt*, S. 4.

⁴²⁾ Vgl. *Binder*, ZHR 100, S. 32, 34 f.

einen Typenbegriff unter Hervorhebung der Funktionen der PH zu bilden. Damit könnte einerseits eine inhaltlose Abstraktion vermieden und andererseits das Band zu der konkreten Lebensordnung⁴³⁾ fester geknüpft werden. Auf den Unterschied von Allgemeinbegriff und Typenbegriff wird noch einzugehen sein.

Eine andere Frage ist es, ob *neben* einer praktisch-systematischen Begriffsbestimmung, falls diese durchführbar ist, außerdem eine rein systematischen Zwecken dienende Definition des PHbegriffs am Platze ist. Spricht auch das praktische Bedürfnis für eine *einheitliche* Begriffsbestimmung, so gibt es doch zu denken, daß in der Literatur und auch vom RG vielfach zwischen einem *weiteren* und einem *engeren* PHbegriff unterschieden wird⁴⁴⁾. Dies ist wohl vor allem auf das Bestreben zurückzuführen, einerseits das Wesen der PH und ihre Bedeutung für das Verfahren zu erklären und andererseits die PH von dem zivilen Rechtsgeschäft unter praktischen Gesichtspunkten abzugrenzen. Es ist ebenfalls Aufgabe der vorliegenden Untersuchung, zu klären, ob das Zivilprozeßrecht eine einheitliche Definition der PH erfordert, oder ob es berechtigt ist, zwei Definitionen nebeneinander aufzustellen.

Eng hiermit hängt die weitere Frage zusammen, ob die Definition des allgemeinen, für das ganze Zivilprozeßrecht geltenden PHbegriffs alle PHbegriffe umfassen muß, die in den einzelnen Vorschriften der ZPO enthalten sind. Es wäre logisch denkbar, daß der allgemeine PHbegriff und seine Definition enger ausfielen als der Rechtssatzbegriff in einzelnen Normen, soweit dort mit der Bezeichnung „Prozeßhandlung“ die Partei-Prozeßhandlung gemeint ist. Dies wäre methodisch auch nicht angreifbar, da der Rechtssatzbegriff und der praktisch-systematische Begriff verschiedene Aufgaben zu erfüllen haben und daher auch einen verschiedenen Inhalt haben können. Hiergegen lassen sich jedoch aus praktischen Erwägungen Bedenken erheben. Eine Definition, die den PHbereich unter einem bestimmten praktischen Gesichtspunkt abgrenzt und damit den PHbegriff terminologisch enger faßt als das Gesetz in den einzelnen Normen, würde die Rechtsanwendung nicht, wie es mit der Aufstellung eines praktisch-systematischen Begriffs beabsichtigt ist, erleichtern, sondern durch die verschiedene Terminologie eher verwirren. Diese Gefahr ist allerdings nicht so groß, wie es zunächst scheinen mag. In vielen Fällen, in denen das Gesetz den Ausdruck „Prozeßhandlung“ verwendet, kommen überhaupt nur Parteihandlungen in Frage,

⁴³⁾ Vgl. hierzu *Welzel*, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, Mannheim, Berlin, Leipzig 1935, S. 75.

⁴⁴⁾ Vgl. statt aller *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, Bem. IV 1 vor § 128.

§ 2. Wert einer Definition des Prozeßhandlungsbegriffs

deren PHcharakter unstreitig ist, wie in den §§ 230, 236, 238, 249. Soweit bei einzelnen Normen unter der Bezeichnung „Prozeßhandlung“ auch solche Parteiaktionen verstanden werden können, deren Rechtsnatur umstritten ist, wie in den §§ 54, 67, 81, läßt es sich, wie an dem Beispiel des § 81 noch gezeigt werden wird⁴⁵⁾, vermeiden, daß der Rechtssatzbegriff weiter gefaßt wird als der unter einem allgemeinen Gesichtspunkt für das ganze Prozeßrecht gebildete praktisch-systematische PHbegriff. In diesem Sinne kann *Rosenberg* darin zugestimmt werden, daß es erstrebenswert ist, die Definition des PHbegriffes in Übereinstimmung mit dem Gesetz zu bringen⁴⁶⁾.

Unabhängig von den bisher getroffenen Unterscheidungen bleibt schließlich noch zu klären, ob das Ziel der Untersuchung die Gewinnung eines abstrakten Allgemeinbegriffs oder eines Typenbegriffs sein soll. Beiden ist „das Herausheben gemeinsamer Momente aus einer Vielzahl gleichartiger oder ähnlicher Einzelercheinungen“⁴⁷⁾ gemeinsam. Der Allgemeinbegriff ist eine begriffliche Abstraktion, während der „Typus“ das Ergebnis einer „komparativ-anschaulichen“ Abstraktion ist⁴⁸⁾. Auf die viel behandelte Frage des Wertes einer Typenlehre für das Recht und die Rechtswissenschaft⁴⁹⁾ kann und braucht im Rahmen des vorliegenden Themas nicht näher eingegangen zu werden. Es soll hier lediglich überprüft werden, ob die mit dieser Lehre entwickelten Grundsätze nutzbringend für die Klärung des PHbegriffes verwandt werden können.

Im Gegensatz zu dem „konkret-allgemeinen“ Begriff⁵⁰⁾ oder Typenbegriff ist der abstrakt-allgemeine Begriff hinsichtlich seiner Grenzen fest umrissen. Damit wird im praktischen Einzelfall eine eindeutige Subsumtion ermöglicht⁵¹⁾. Mit der begrifflichen Abstraktion ist andererseits die Gefahr der Inhaltslosigkeit und Leere gegeben, denn gewöhnlich läßt sich ein Rechtsinstitut nicht in ganz enge Schablonen pressen, und je weiter man die Begriffsmerkmale faßt, desto nichtssagender wird der Begriffsinhalt⁵²⁾.

⁴⁵⁾ S. unten S. 36 f.

⁴⁶⁾ Stellvertretung, S. 58.

⁴⁷⁾ *Engisch*, Konkretisierung, S. 261.

⁴⁸⁾ *Engisch*, aaO.

⁴⁹⁾ Vgl. *Engisch*, aaO. S. 237 ff.; *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin 1922, S. 30 ff., 34 ff.; *Larenz*, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Berlin 1938 (im folgenden abgekürzt: Methode), S. 30 ff.; DRechtsw 5, S. 279 ff.; ArchRPhil Bd. 34, 20 ff.; *Radbruch*, Festschrift für Rudolf Laun, Hamburg 1948, S. 172 f.; *Sauer*, Juristische Methodenlehre, Stuttgart 1940, § 3 I, § 20; *H. J. Wolff*, Studium Generale, 5. Jahrg. (1952), Heft 4 S. 195 ff.

⁵⁰⁾ Vgl. *Larenz*, aaO.

⁵¹⁾ *Rickert*, Zur Lehre von der Definition, 3. Aufl., Tübingen 1929, S. 33.

⁵²⁾ *Jellinek*, aaO. S. 31.

Der „Typus“ nimmt nach der Ansicht von *Larenz* „das in sich auf, was der abstrakt-allgemeine Begriff von sich ausschließt: den Sinn, d. h. die funktionale Bedeutung des einzelnen im Ganzen und die übergreifende Idee einer Lebenserscheinung oder Gestalt“⁵³). Und an anderer Stelle heißt es: „Ein Typus ist dadurch gekennzeichnet, daß er eine Reihe bestimmender Momente in sich vereinigt, die durch den inneren Sinn und die Funktion des Typus innerhalb eines größeren Ganzen zusammengehalten werden“⁵⁴). Nach *Sauer* beruht das Typische „auf der Übereinstimmung mehrerer spezifischer Lebenserscheinungen (Kraft- und Wertstrebungen) im Hinblick auf ihre positive oder negative Bedeutung (Wirkung, Tendenz) zwecks gemeinsamer Behandlung und Auswertung“⁵⁵). An diesen Formulierungen wird deutlich, daß die Abgrenzung der Typen untereinander „flüssig“ ist. Während der abstrakte Allgemeinbegriff auch den „Grenzfall“ einschließt und an ihm orientiert ist, erscheint der Grenzfall für die Typenlehre entweder als „Übergang zu einem anderen Typus oder als Vorstufe oder als Restbestand des Begriffes“⁵⁶). Eine exakte Subsumtion unter einen Typenbegriff ist daher nicht möglich. Das ist wohl der Grund dafür, daß *Burckhardt* die Typenlehre als unmethodisch ablehnt⁵⁷). Für ihn dient das Typische allenfalls dem besseren Verständnis⁵⁸).

Die flüssigen Grenzen der Typen verbieten es, diejenigen Rechtsbegriffe, bei denen im Interesse der Rechtsanwendung eine eindeutige Subsumtion möglich sein muß, an Stelle einer begrifflichen Definition typologisch zu umschreiben. Hier benötigen wir eindeutige Begriffe. Das räumt auch *Larenz* ein. Er hält die „Verwendung abstrakt-allgemeiner Begriffe als gleichsam technischer Hilfsbegriffe, die zwar nicht die Rechtserkenntnis erweitern, aber die Anwendbarkeit der Gesetze erleichtern, in der Rechtswissenschaft für unentbehrlich“⁵⁹).

Für die Erkenntnis rechtlicher Zusammenhänge vermögen begriffliche Abstraktionen dagegen nur schwerlich etwas zu leisten⁶⁰). Soweit es darauf ankommt, die Stellung und die Bedeutung eines Rechtsinstitutes im Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung oder eines Teilgebietes zu kennzeichnen, wird man besser von einer begrifflichen Abstraktion absehen und an Stelle

⁵³) ArchRPhil Bd. 34, 20.

⁵⁴) Methode, S. 45.

⁵⁵) Juristische Methodenlehre, S. 158.

⁵⁶) *Larenz*, DRetsw 5, 286.

⁵⁷) Methode und System des Rechts, Zürich 1936, S. 20 Anm. 19, S. 61.

⁵⁸) AaO. S. 147.

⁵⁹) AaO. S. 297; vgl. auch Methode, S. 53.

⁶⁰) *Müller-Erzbach*, JbFD 61 (1912), S. 370.

§ 2. Wert einer Definition des Prozeßhandlungsbegriffs

eines *rein systematischen* Ordnungsbegriffes einen Typenbegriff aufstellen. Auf diese Weise kommt die Funktion des betreffenden Rechtsinstitutes innerhalb der Rechtsordnung am klarsten zum Ausdruck.

Die mit der Typologie gewonnenen Erkenntnisse sind aber auch bei der Bildung und Bestimmung *praktisch-systematischer* Allgemeinbegriffe nicht ganz außer acht zu lassen. Hier ist das Typische des zu definierenden Rechtsbegriffs insofern zu berücksichtigen, als sich darin die dem betreffenden Rechtsinstitut eigentümliche Funktion zeigt. Auch ein praktisch-systematischer Allgemeinbegriff kann nur vom Zweck und der Funktion her bestimmt werden⁶¹⁾. Eine rein logische Konstruktion wäre nichts anderes als ein Operieren im luftleeren Raum. Freilich deckt sich der Typus, der die Funktionen des betreffenden Rechtsinstituts kennzeichnet, nicht immer inhaltlich mit dem praktisch-systematischen Allgemeinbegriff. Oft wird der Typus nur dem „Begriffskern“⁶²⁾ entsprechen, während der Allgemeinbegriff auch die Grenztypen umfaßt, die dem „Begriffshof“ entsprechen⁶³⁾. Denkbar ist es aber auch, daß der Typenbegriff umfassender ist als der praktisch-systematische Allgemeinbegriff, nämlich dann, wenn dieser im Interesse der Rechtsanwendung nur einen „Ausschnitt“ oder eine „Seite“ des Typus erfaßt.

Ob der PHbegriff determinativ oder typologisch zu bestimmen ist, hängt davon ab, was mit der Definition dieses Begriffs bezweckt wird. Wir hatten uns zunächst die Aufgabe gestellt, einen für die Praxis brauchbaren Begriff zu finden. Dieser erfordert Eindeutigkeit. Es ist daher in erster Linie ein praktisch-systematischer, abstrakter Allgemeinbegriff anzustreben. Daß dies eine funktionelle Betrachtungsweise nicht ausschließt, ergibt sich aus den vorangegangenen Ausführungen und auch daraus, daß das Funktionelle gewissermaßen in der Struktur der Handlung liegt. Diese ist nicht ein bloßer Gegenstand, sondern ein „konkreter Zusammenhang“⁶⁴⁾.

Es wäre jedoch methodisch verfehlt, von vornherein festzulegen, daß der PHbegriff nur unter praktischen Gesichtspunkten zu bilden ist. Erst eine Überprüfung der umstrittenen Grenzfälle kann ergeben, ob es sinnvoll ist, einen praktisch-systematischen Allgemeinbegriff oder einen Typenbegriff oder beide nebeneinander aufzustellen.

⁶¹⁾ Für den PHbegriff vgl. *R. Bruns*, § 20; *Riezler*, Internationales Zivilprozeßrecht und prozessuales Fremdenrecht, S. 105.

⁶²⁾ Vgl. *Heck*, Begriffsbildung, S. 52, 60.

⁶³⁾ Vgl. *Engisch*, Konkretisierung, S. 285 f. Anm. 190.

⁶⁴⁾ *Maihofer*, Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, Tübingen 1953, S. 6.

§ 3. Der Relationscharakter des Prozeßhandlungsbegriffs

I. Gilt es, wie die vorangegangenen Ausführungen gezeigt haben, festzustellen, ob im Interesse der Rechtsanwendung ein praktisch-systematischer PHBegriff zu bilden und zu bestimmen ist, so ist zunächst zu klären, unter welchem praktischen Gesichtspunkt die Begriffsbestimmung am zweckmäßigsten vorzunehmen ist. Es sind hier mehrere Gesichtspunkte denkbar, z. B. die Abgrenzung der PHen von anderen juristischen Tatsachen des Prozeßrechts oder von Handlungen Dritter im Prozeß oder von dem bürgerlich-rechtlichen Parteiverhalten wegen der verschiedenen Regelung von PH und Privatrechtsgeschäft. Maßgebend für den Begriffsinhalt ist die Aufgabe, zu deren Lösung der Begriff gebildet wird. Möglicherweise können es mehrere Aufgaben sein. Dies erklärt die „Relativität“ der Begriffe, auf die *Müller-Erzbach* hingewiesen hat⁶⁵). Je nach dem Standort, von dem aus die Begriffsbestimmung vorgenommen wird, kann der terminologisch gleichlautende Begriff einen verschiedenen Inhalt bekommen. In ähnlichem Sinne⁶⁶) spricht *E. Wolf* von einer „Umformung“⁶⁷) und sieht *Schwinge* die Relationsveränderungen als „Inhaltsverschiebungen“ an⁶⁸). Es ist *Edlin* darin zuzustimmen, daß es unglücklich ist, von einer „Relativität“ der Begriffe zu sprechen, da dadurch der „Eindruck eines schrankenlosen subjektivistischen Relativismus“ entstehen könnte⁶⁹). Die praktisch-systematischen Begriffe verlangen aber Eindeutigkeit. Dem steht die „Relativität“, so wie *Müller-Erzbach* sie versteht, an sich nicht entgegen. In seiner jeweiligen Relation kann sich der Begriff entsprechend der Forderung von *Sauer* „eindeutig und widerspruchsfrei in das Rechtssystem einfügen“⁷⁰). Es ist gerade das Bestreben der Lehre

⁶⁵) JbFD 61, 343 ff.; vgl. auch Interessenjurisprudenz, S. 72 ff.; Lassen sich das Recht und das Rechtsleben tiefer und sicherer erfassen? München, Leipzig 1934 (im folgenden abgekürzt: *Rechtserfassung*), S. 141 f.; Die Rechtswissenschaft im Umbau, München 1950, S. 19; ganz oder teilweise zustimmend: *Hans-Jürgen Bruns*, Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken, Berlin 1938, S. 114 ff.; *Edlin*, ZfRPh 6, 145 ff.; *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, S. 45; *Heck*, Begriffsbildung, S. 60; *Riezler*, Festschrift für Leopold Wenger, Bd. 1, München 1944, S. 27 ff.; *Sauer*, Juristische Methodenlehre, S. 335 Anm. 1; *Scheuerle*, Rechtsanwendung, Nürnberg, Düsseldorf 1952, S. 148 Anm. 499; ähnlich *Rümelin*, AcP 126, S. 119; *Stoll*, AcP 133, Beiheft, S. 103 f., 109 Anm. 1; a. A. *Burckhardt*, Methode und System des Rechts, Zürich 1936, S. 75 f.; *Binder*, ZHR 100, 73.

⁶⁶) Auf den Unterschied dieser Ansichten braucht hier nicht eingegangen zu werden; vgl. dazu eingehend *H. J. Bruns*, aaO. S. 110 ff.

⁶⁷) Strafrechtliche Schuldlehre, Mannheim, Berlin, Leipzig 1928, I S. 79, 93, 112 ff.

⁶⁸) Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, S. 69 ff.

⁶⁹) ZfRPh 6, S. 146.

⁷⁰) AaO S. 335 Anm. 1.

von *Müller-Erbach*, „der Rechtsanwendung eine mit der Vernunft erfassbare, objektivierte Basis zu geben“⁷¹⁾. Zur Vermeidung von Mißverständnissen wird man mit *Edlin* daher besser von dem „Relations- oder Beziehungscharakter“ der Begriffe sprechen⁷²⁾.

Für unsere Untersuchung ist es von Interesse, ob auch die Begriffe des Prozeßrechts und insbesondere der PHbegriff einer solchen Relationsveränderung fähig sind. Dies führt auf die Frage zurück, ob es überhaupt Rechtsbegriffe gibt, denen der Relationscharakter nicht zukommt, bei denen also nur *eine* Begriffsbestimmung denkbar ist, gleichgültig in welchem Zusammenhang und unter welchem Gesichtspunkt die Definition vorgenommen wird. Im Strafrecht ist diese Frage lebhaft umstritten. Hier ist es von Bedeutung, ob die im bürgerlichen Recht und im Strafrecht verwandten gleichlautenden Begriffe auch den gleichen Inhalt haben. In diesem Zusammenhang vertritt *H. J. Bruns*⁷³⁾ die Auffassung, daß *alle*, auch die „*allerfestesten*“ Rechtsbegriffe relationsfähig seien, wenn auch viele, vor allem die *termini technici*, in einheitlichem Sinne verwendet würden, während *Schwinge*⁷⁴⁾ die Möglichkeit einer Inhaltsverschiebung grundsätzlich bei denjenigen Begriffen verneint, die „ausschließlich der Rechtssprache angehören und darin eine feste terminologische Bedeutung haben“, wie z. B. die Begriffe Aktie, Inhaberpapier, Notar, Adoptiveltern usw. Für den Begriff der PH ist das Problem insofern anders gelagert, als hier nicht in Frage steht, ob der vom Prozeßrecht verwandte Begriff in einem anderen Rechtsgebiet in gleichem Sinne gebraucht wird, wie es im Prozeßrecht z. B. für den Begriff des Wohnsitzes problematisch ist⁷⁵⁾, sondern in der hier behandelten Frage kommt es darauf an, ob der PHbegriff innerhalb des Prozeßrechts, also im gleichen Rechtsgebiet einer verschiedenen Bestimmung fähig ist, je nach dem Zweck, zu dem die Definition vorgenommen wird, und je nach dem Standort, von dem aus dies geschieht. Man wird die grundsätzliche Möglichkeit, daß einem Begriff in dem gleichen Rechtsgebiet eine verschiedene Bedeutung zukommen kann, nicht leugnen können⁷⁶⁾. Auch hier gilt das Gesetz des Relationscharakters der Begriffe. Der Überblick über die verschiedenen von Recht-

⁷¹⁾ *H. Hübner*, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht. Ein Beitrag zur Begründung und Begrenzung des sachenrechtlichen Vertrauensschutzes — dargestellt an der Regelung nach §§ 932 ff. BGB, Erlangen 1955, S. 83.

⁷²⁾ AaO. S. 146; zustimmend *H. J. Bruns*, aaO. S. 116 f.

⁷³⁾ AaO. S. 113; DRechtsw 5, 308.

⁷⁴⁾ AaO. S. 71.

⁷⁵⁾ Vgl. *Mendelssohn-Bartholdy*, SeuffBlfRA Bd. 75 (1910), S. 49 ff.; *Braga*, Staatsangehörigkeitsprinzip oder Wohnsitzprinzip, Erlangen 1954, S. 57.

⁷⁶⁾ *Müller-Erbach*, Interessenjurisprudenz, S. 73; zustimmend *H. J. Bruns*, aaO. S. 114 f.; vgl. auch *Stoll*, AcP 133, Beiheft, S. 103.

sprechung und Lehre aufgestellten Definitionen wird zeigen, daß entscheidend für den Begriffsinhalt ist, unter welcher Fragestellung die Definition des PHbegriffes vorgenommen wird. Der Meinungsstreit um den Begriff der PH läßt sich überhaupt im wesentlichen damit erklären, daß der Begriff der PH zur Lösung ganz verschiedener Aufgaben gebildet und bestimmt wird.

Eine andere Frage ist es, ob der PHbegriff im Interesse der Praxis nicht besser nur unter *einem* Gesichtspunkt bestimmt werden sollte. Gewiß erleichtert ein *einheitlicher* Begriff die Rechtsanwendung erheblich, es ist aber fraglich, ob die Bildung eines solchen Begriffes auch sachgemäß ist. Es kommt darauf an, was man mit der Aufstellung des Begriffes erreichen will und kann⁷⁷⁾. Erst nach einer Klarstellung der schon vorhandenen Meinungen kann gesagt werden, welche Fragestellung, unter der die Begriffsbestimmung vorzunehmen ist, in Betracht kommt. Es käme einer *petitio principii* gleich, wollte man von vornherein von der Notwendigkeit eines einheitlichen PHbegriffes ausgehen.

II. Die entscheidende Frage ist also — und dies ist der Hauptgegenstand unserer Untersuchung —, unter welchem Gesichtspunkt und zu welchem Zweck die Bildung und Bestimmung des PHbegriffes zu erfolgen hat. In der Wahl des Gesichtspunktes, der für den Begriffsinhalt bestimmend ist, besteht keine völlige Freiheit. Ist eine solche bei der Bildung rein systematischer Begriffe auch weitgehend anzunehmen⁷⁸⁾, obwohl auch hier danach zu fragen ist, wie das ungeordnete Material am sinnvollsten und zweckmäßigsten zu ordnen ist⁷⁹⁾, damit die „aufschlußreichste und fruchtbarste Betrachtung der in Frage kommenden Lebens- und Rechtserscheinungen ermöglicht“ wird⁸⁰⁾, so muß sich die Rechtswissenschaft, die einen für die praktische Rechtsanwendung brauchbaren Begriff aufstellen will, nach den Bedürfnissen der Praxis richten. Insofern ist die Wissenschaft gebunden. Sie ist andererseits auch frei⁸¹⁾, da sie den positiven Rechtsstoff nicht nur kognitiv erfaßt, ihn ordnet und anschaulich macht, sondern auch bewertet. Sie beurteilt, welche Bedürfnisse zu berücksichtigen, welche als unwesentlich auszuschneiden und in welcher Weise die einzelnen Interessen gegeneinander abzuwägen sind. Insofern sind alle Rechtsbegriffe in der Hand der Rechtswissenschaft „normative“ Begriffe,

⁷⁷⁾ Vgl. *Rümelin*, AcP 126, 119.

⁷⁸⁾ Vgl. *Engisch*, Konkretisierung, S. 171 f. Anm. 72.

⁷⁹⁾ *Schnorr v. Carolsfeld*, DJZ 1935, 1475.

⁸⁰⁾ *Müller-Erzbach*, Interessenjurisprudenz, S. 114 f., vgl. auch S. 25; zustimmend *Edlin*, aaO. S. 147.

⁸¹⁾ Zu dieser „Verknüpfung von Freiheit und Bindung“ vgl. *Engisch*, aaO. S. 167.

§ 4. Bedeutung der Funktionen der Prozeßhandlung

Ergebnisse emotionalen Denkens⁸²). In diesem Sinne ist *Kern* recht zu geben, wenn er die Bildung eines freien wissenschaftlichen Begriffs der PH fordert⁸³).

Aus methodischen Gründen muß zu Beginn der Untersuchung offen bleiben, unter welchem praktischen Gesichtspunkt die Begriffsbestimmung vorzunehmen ist, ob die Interessen der Rechtsanwendung trotz der für die Aufstellung eines *einheitlichen* PHbegriffs sprechenden Gründe die Bildung und Bestimmung mehrerer PHbegriffe unter verschiedenen Gesichtspunkten erfordern und ob daneben noch ein weiterer, das Wesen der PH umschreibender Begriff am Platze ist, ob es also neben einem PHbegriff im *eigentlichen* Sinne noch einen solchen im *weiteren* oder sogar im *weitesten* Sinne gibt. Es käme einer vorweggenommenen Begriffsbestimmung gleich, wollte man den für die Definition maßgebenden Gesichtspunkt von vornherein festlegen, denn bekanntlich läßt sich aus einem Begriff nicht mehr herausholen, als man in ihn hineinlegt⁸⁴). Allerdings ist es zweckmäßig, die Untersuchung auf bestimmte Fragestellungen zu beschränken und diejenigen von vornherein auszuschneiden, die offensichtlich nicht in Frage kommen. Dazu wird uns der Überblick über die bisher in Lehre und Rechtsprechung aufgestellten Definitionen dienen.

§ 4. Die Bedeutung der Funktionen der Prozeßhandlung für die Begriffsbestimmung

Der Gesichtspunkt des Relationscharakters der Begriffe ist nicht allein entscheidend für die Definition eines Rechtsbegriffs. Die Aufgabe, zu deren Lösung ein Begriff gebildet und bestimmt wird, kann nicht isoliert betrachtet werden. Sieht man lediglich auf das praktische Bedürfnis, das mit der Begriffsbestimmung befriedigt werden soll, so besteht nur zu leicht die Gefahr eines Widerspruches zu der Aufgabe, die dem zu definierenden Rechtsinstitut im Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung und des einzelnen Rechtsgebietes zukommt. Dies kann, wie schon ausgeführt worden ist, nur durch eine Beachtung der Funktionen der PH vermieden werden. Ob diese als Begriffsmerkmale in die Definition hineingehören, kann erst am Schluß der Untersuchung gesagt werden. Zunächst sollen sie zur Kontrolle der gewonnenen Ergebnisse bei der Absteckung des PHbereiches herangezogen werden. Dabei wird sich zeigen, daß eine Parteihandlung, der *keine*

⁸²) Vgl. *Mezger*, *GerS* 103, 390 (1933).

⁸³) Festgabe für *Lenel*, S. 59.

⁸⁴) *Müller-Erzbach*, *JbFD* 61, 370.

der den PHen eigentümlichen Funktionen zukommt, auch keinen PHcharakter haben kann, gleichgültig, unter welchem praktischen Gesichtspunkt die Begriffsbestimmung vorgenommen wird.

Vor einer Überprüfung der umstrittenen Grenzfälle werden daher zunächst die Funktionen der PH zu klären sein.

Hiergegen könnten freilich Bedenken erhoben werden. Eine an den Anfang der Untersuchung gestellte „Wesensschau“, mag sie auch nur der Kontrolle der Ergebnisse der weiteren Untersuchung dienen, scheint einer exakten Begriffsanalyse, wie sie zur Erfüllung einer praktischen Aufgabe erforderlich ist, entgegenzustehen. Ganzheitliche Betrachtung und Begriffsanalyse sind jedoch keine so unüberbrückbaren Gegensätze, wie es zunächst scheinen mag⁸⁵⁾. Die Aufstellung von Begriffsmerkmalen ist nur das technische Mittel einer Unterscheidung. Bei einer Begriffsanalyse bleiben die Funktionen dem zu definierenden Gegenstand immanent und sind zu berücksichtigen, so daß mit der Begriffsanalyse das Wesen eines Rechtsinstitutes nicht ohne weiteres zerstört zu werden braucht. Andererseits braucht die Exaktheit der einzelnen Begriffsmerkmale durch eine Beachtung der Funktionen nicht zu leiden.

Erheblich schwerwiegender sind die methodischen Bedenken, die gegen eine solche ganzheitliche Betrachtung zu Beginn der Untersuchung sprechen. Legte man mit einer abschließenden Umschreibung der Funktionen den Bereich der PHen von vornherein genau fest, so käme dies einer vorweggenommenen Begriffsbestimmung gleich⁸⁶⁾, eine Gefahr, die in der Frage der PHen besonders groß ist⁸⁷⁾. Dieser Gefahr kann man dadurch begegnen, daß man auf die typischen Funktionen der PH abstellt. Damit wird einerseits eine feste Abgrenzung des PHbereiches schon zu Beginn der Untersuchung vermieden. Andererseits ermöglicht die Herausstellung einer alle PHen kennzeichnenden Funktion der PH (genereller Typus) eine Kontrolle der Ergebnisse bei der Überprüfung der Grenzfälle, in denen der PHcharakter einer Parteihandlung umstritten ist. Die generelle Funktion kann als Vergleichsmaßstab herangezogen werden. Eine solche allen PHen innewohnende Funktion läßt sich am besten aus der Art der Mitarbeit der Parteien bei der Verwirklichung des Rechts, die mit dem Prozeß erreicht werden soll, herleiten. Die PHen sind die Ausdrucksform dieser Beteiligung. Berücksichtigt man,

⁸⁵⁾ Vgl. in anderem Zusammenhang *Engisch*, aaO. S. 144.

⁸⁶⁾ Vgl. dazu *v. Hippel*, Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozeß, Frankfurt 1939, S. 171 ff. Anm. 13; ZZZ 65, 431 f.

⁸⁷⁾ *Sauer*, Prozeßrechtslehre, S. 131.

daß das staatliche Rechtsschutzverfahren ein Ersatz für die Selbsthilfe ist, so wird man die Beteiligung der Parteien an der Rechtsverwirklichung im Gegensatz zur Rechtsschutzgewährung durch den Staat als ein „Rechtsuchen“ und „Rechtnehmen“⁸⁸⁾ bezeichnen können. Hierauf wird noch näher einzugehen sein. Diese Funktion ist jedoch so genereller Art, daß es zweckmäßig erscheint, zur Unterstützung auch diejenigen Funktionen heranzuziehen, die nach unserer Erfahrung denjenigen Parteihandlungen zukommen, deren PH-charakter unstreitig feststeht. Dies meint wohl auch *Beling*⁸⁹⁾, wenn er nur diejenigen menschlichen Handlungen als dem Strafprozeß „einrechenbar“ gelten lassen will, die „gewissen, von der Rechtsordnung in großer Zahl und Mannigfaltigkeit vorgezeichneten Figuren entsprechen, die die ‚Prozeßhandlungen‘ im juristischen Sinne begrifflich umreißen: Klage, . . . Beweis-antrag, . . . Richterablehnung, . . . Einlegung der Berufung . . .“ usw. Die diesen Parteihandlungen zukommenden empirischen Funktionen „repräsentieren“ gewissermaßen das Wesen der PH. Es sind dies die dem Begriffskern entsprechenden „repräsentativ-typischen“⁹⁰⁾ oder „normal-typischen“⁹¹⁾ Funktionen. Es wäre jedoch methodisch verfehlt, auf sie allein abzustellen. Damit würde der Kreis der PHen von vornherein auf diejenigen PHen festgelegt, die der Funktion nach den unstreitigen PHen gleichen. Es ist durchaus denkbar, daß die PHen innerhalb des durch die Funktion des „Rechtnehmens“ (Rechtsuchens) gezogenen Rahmens noch weitere, von den „repräsentativen“ abweichende Funktionen haben, die an der Grenze liegen, so wie es außer einem Begriffskern auch einen Begriffshof gibt⁹²⁾. Dies zu klären, ist Aufgabe der vorliegenden Untersuchung. Als Vergleichsmaßstab ist daher in erster Linie die als das „Rechtnehmen“ gekennzeichnete Funktion der PH zu verwenden. Die repräsentativ-typischen Funktionen, auf die noch näher einzugehen sein wird, sind dagegen nur mit Vorsicht zur Kontrolle der Ergebnisse heranzuziehen.

§ 5. Die Bedeutung der Methode für die Begriffsbestimmung

Schon die bisherigen Ausführungen lassen erkennen, daß für die Bildung und Bestimmung von Begriffen die Methode von ausschlaggebender Bedeu-

⁸⁸⁾ Vgl. *E. Schmidt*, Lehrkommentar, S. 100 Nr. 189.

⁸⁹⁾ Deutsches Reichsstrafprozeßrecht mit Einschluß des Strafgerichtsverfassungsrechts, Berlin, Leipzig, 1928, S. 162 f.; vgl. dazu *Engisch*, aaO. S. 269 f.

⁹⁰⁾ Vgl. *Engisch*, aaO. S. 245 ff.

⁹¹⁾ Vgl. *Sauer*, Juristische Methodenlehre, S. 160 f.

⁹²⁾ Vgl. hierzu auch *Engisch*, aaO. S. 285 f. Anm. 190.

tung ist. Für unsere Untersuchung kommt es darauf an, welche Methode die Definition des PHbegriffs erfordert, denn der einzelne Untersuchungsgegenstand ist es, der die Methode bestimmt⁹³⁾. Da es sich um einen prozeßrechtlichen Begriff handelt, bedarf es zunächst der Klärung, ob dem Prozeßrecht eine besondere Methode eigen ist.

Das starke Hervortreten von Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten einerseits und die dem Prozeß eigentümliche Dynamik andererseits lassen eine teleologisch-funktionelle Betrachtungsweise als besonders geeignet erscheinen⁹⁴⁾. Das heißt nicht, daß bei einer reinen Zweckbetrachtung stehengeblieben werden soll. Soweit es sich bei der einzelnen Norm um die Entscheidung eines Interessenkonfliktes durch den Gesetzgeber handelt⁹⁵⁾, ist auch auf die Bedürfnisse und Machtlagen zurückzugehen, die dem Interessenwiderstreit zugrundeliegen⁹⁶⁾. Nur so kann beurteilt werden, ob der Gesetzgeber den Interessenkonflikt richtig erfaßt und bewertet hat und ob der Konflikt zur Zeit der Anwendung des Gesetzes noch genauso zu bewerten ist wie zur Zeit des Erlasses des Gesetzes. Es ist auffallend, daß die Prozeßrechtswissenschaft die Forschungsmethode des „kausalen Rechtsdenkens“ bisher noch nicht auf ihre Verwendbarkeit für das Prozeßrecht untersucht hat, obwohl auch die ZPO, worauf *Müller-Erzbach* hinweist, die Machtlage berücksichtigt, wie § 1025 Abs. 2 zeigt⁹⁷⁾. In erster Linie ist dies wohl darauf zurückzuführen, daß ein großer Teil der Prozeßrechtsnormen „technischer“ Natur ist. Diese sind nicht auf einen Interessenkonflikt — auch nicht auf einen solchen zwischen den Rechtspflegeorganen und dem Rechtsschutzsuchenden —, sondern auf Erwägungen darüber zurückzuführen, wie das Verfahren am reibungslosesten durchgeführt werden kann. Mit Recht führt *Hegler* z. B. die Regelung der Beeidigung, des Geständnisses, Anerkenntnisses, Verzichts, Versäumnisses usw. auf „psychologische Kausalerwägungen“ des Gesetzgebers, auf Vorstellungen über psychologische Ursachen und Wirkungen zurück⁹⁸⁾. Hier steht der reine Zweckgedanke im Vordergrund. Die Ausgestaltung des positiven Prozeßrechtssystems beruht aber auch auf Wertungen des Gesetzgebers, wie sie vor allem in den Prozeßmaximen zum Ausdruck kommen. Der Gesetz-

⁹³⁾ *Welzel*, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, S. 50; *Horneffer*, DRechtsw 5, 161.

⁹⁴⁾ *Hegler*, AcP 133, Beiheft S. 216 ff. Für eine teleologische Betrachtungsweise auch *Baumbach-Lauterbach*, Einl. III B; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, Einl. C mit weiteren Literaturangaben; vgl. auch *Nikisch*, § 6 III; *Rosenberg*, § 8; a. A. *Nußbaum*, ArchRPhil 2, 317 (1908/9).

⁹⁵⁾ Vgl. *Heck*, Begriffsbildung, S. 46, 48.

⁹⁶⁾ *Müller-Erzbach*, Die Rechtswissenschaft im Umbau, S. 1 ff.

⁹⁷⁾ *Rechtserfassung*, S. 49.

⁹⁸⁾ AcP 133, Beiheft S. 239 f.

geber hat häufig zwischen divergenten, aber beiderseits innerhalb des Rechtsschutzzweckes sich bewegenden Interessen abzuwägen⁹⁹⁾). Demgegenüber steht der Interessenwiderstreit zwischen den Rechtspflegeorganen und den Rechtssuchenden jedoch im Vordergrund. Zur Lösung dieser Konflikte ist auf die konkreten Lebensverhältnisse und sozialen Lagen zurückzugehen. Bei einer teleologischen Betrachtungsweise besteht immer die Gefahr, daß allein auf so unbestimmte Rechtsideale wie die Forderung nach Rechtssicherheit und Gerechtigkeit abgestellt wird. Sind diese höheren Ziele auch immer im Auge zu behalten, so sind zur Klärung der Einzelfragen doch zunächst immer die konkreten Lebensverhältnisse maßgebend. Hier kann die Methode des „kausalen Rechtsdenkens“ nutzbringend angewandt werden. Es muß allerdings eingeräumt werden, daß in Lehre und Rechtsprechung bei der Bewertung eines Interessenkonflikts in der Regel auch schon auf die dem Interessenkonflikt zugrundeliegenden Bedürfnisse zurückgegangen wird, ohne daß freilich die Notwendigkeit eines solchen methodischen Vorgehens ausdrücklich begründet wird. Als alleinige Methode kommt sie jedoch für das Prozeßrecht nicht in Betracht, da ein großer Teil der Prozeßrechtsnormen, wie erwähnt, auf reinen Zweckmäßigkeitserwägungen beruht.

Die teleologisch-funktionelle Betrachtungsweise ist aber nicht eine speziell prozessuale. Mit ihr lassen sich auch für das Privatrecht brauchbare Ergebnisse erzielen¹⁰⁰⁾. Man wird daher die Frage, ob die Definition eines prozeßrechtlichen Begriffes eine besondere Methode erforderlich macht, verneinen können.

Es kann hier freilich nicht abschließend beurteilt werden, ob die teleologisch-funktionelle Betrachtungsweise die einzige dem Prozeßrecht adäquate ist. Für den vorliegenden Untersuchungsgegenstand ist sie jedenfalls geeignet. In der PH kommt das dynamische Prinzip der Prozeßentwicklung besonders zum Ausdruck. Es wurde schon darauf hingewiesen¹⁰¹⁾, daß das Funktionelle gewissermaßen in der Struktur jeder menschlichen Handlung liegt. Mit einer teleologisch-funktionellen Betrachtungsweise wird auch eine rein deduktive Begriffsanalyse ebenso wie eine rein induktive Begriffsbildung vermieden. Die Fragestellungen, unter denen die umstrittenen Grenzfragen überprüft werden, und die Funktionen der PH sichern einen festen Ausgangspunkt. Die Aufstellung der Begriffsmerkmale geschieht im wesentlichen auf induktivem

⁹⁹⁾ *Hegler*, aaO. S. 240 f.

¹⁰⁰⁾ Eine funktionelle Betrachtungsweise findet sich neuerdings in der Habilitationsschrift von *H. Hübner*, *Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht* (vgl. oben Anm. 71).

¹⁰¹⁾ S. oben S. 11.

Wege. Im einzelnen kann die eigene Methode erst nach einem Überblick über Rechtsprechung und Lehre zusammen mit den Fragestellungen, die für die Begriffsbestimmung in Betracht kommen, dargelegt werden.

Die aufgezeigte Bedeutung von Fragestellung und Methode macht es erforderlich, bei der Auseinandersetzung mit den verschiedenen Meinungen nicht das fertige Ergebnis, d. h. die aufgestellten Begriffsmerkmale¹⁰²⁾, sondern den jeweils erkennbaren praktischen oder theoretischen Zweck der Definition und die dabei angewandte Methode in den Mittelpunkt der Untersuchung zu stellen. Nur so werden die verschiedenen Meinungen verständlich werden.

§ 6. Übersicht über Lehre und Rechtsprechung

I. Die verschiedenen Fragestellungen, unter denen die Begriffsbestimmung vorgenommen wird

Es ist nicht immer leicht zu erkennen, unter welcher Fragestellung eine Begriffsbestimmung vorgenommen wird. Ohne weiteres erkenntlich ist sie nur bei einem zu bestimmten Untersuchungszwecken aufgestellten Begriff. Die Fragestellung ergibt sich hier aus dem Ziel der Einzeluntersuchung. Eine so vorgenommene Begriffsbestimmung ist in der Regel einseitig und daher für unsere Untersuchung nur beschränkt verwertbar¹⁰³⁾.

Soweit der Begriff der PH unter allgemeinen Gesichtspunkten für das ganze Prozeßrecht bestimmt wird, findet sich nicht immer wie bei *Niese*¹⁰⁴⁾, *Rosenberg*¹⁰⁵⁾ und *Sauer*¹⁰⁶⁾ eine nähere Erklärung für die Notwendigkeit und den Wert der Begriffsbestimmung. Hier wird aus dem Zusammenhang zu entnehmen sein, mit welchem praktischen oder theoretischen Ziel die Begriffsbestimmung vorgenommen ist.

Die einzelnen Meinungen heben sich nicht klar voneinander ab, sondern überschneiden sich — auch bezüglich Fragestellung und Methode — so viel-

¹⁰²⁾ Im allgemeinen werden in den Untersuchungen über den PHbegriff die einzelnen Meinungen nach den verschiedenen Begriffsmerkmalen gruppiert; vgl. *Niese*, Dissertation, S. 9 ff.; *Walsmann*, AcP 102, 9 ff.

¹⁰³⁾ Das gilt z. B. für die Definition von *Siebert*, Prozeßhandlungen, S. 24. Zu dem Wert der ad hoc aufgestellten Begriffsbestimmungen s. oben S. 3.

¹⁰⁴⁾ Dissertation, S. 22.

¹⁰⁵⁾ Lb. § 59, seit der 3. Auflage (1931); vgl. auch *Deinhardt*, S. 36, 69.

¹⁰⁶⁾ Prozeßrechtslehre, § 9 I 1; vgl. im übrigen die Darstellung der einzelnen Lehrmeinungen.

fältig¹⁰⁷⁾, daß zur Gewinnung eines klaren Bildes nur die wesentlichen Unterschiede in der Fragestellung und Methode sowie in der Aufstellung der Begriffsmerkmale aufgezeigt werden sollen. Diese werden jedoch eingehend zu behandeln sein, da sich der Meinungsstreit um den PHbegriff überhaupt nur durch ein Herausstellen der Fragestellungen, die hinter den einzelnen Definitionen stehen, aufhellen läßt.

Bei einer näheren Durchleuchtung der zahlreichen Versuche, den Begriff der PH zu bestimmen, sind vier Gesichtspunkte zu erkennen, die für sich allein oder in Verbindung mit einem anderen für die Aufstellung der Begriffsmerkmale maßgebend sind:

1. Die Abgrenzung

- a) von den anderen juristischen Tatsachen des Prozeßrechts und
- b) von den Handlungen Dritter;

2. die Abgrenzung der Parteihandlungen innerhalb des Verfahrens von denen, die außerhalb des Prozesses vorgenommen werden, um

- a) den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 54, 67, 81 gerecht werden zu können oder
- b) den Grundsatz der Abhängigkeit der PHen von dem Bestand des Prozesses auf die im Prozeß vorgenommenen einseitigen Gestaltungsgeschäfte übertragen zu können;

3. die Abgrenzung von den Rechtsgeschäften des bürgerlichen Rechts auf Grund der Erkenntnis, daß

- a) die Parteihandlungen, deren PHcharakter unstreitig feststeht, bezüglich der Voraussetzungen eigenen Regeln unterliegen,
- b) die PHen sich von den bürgerlichen Rechtshandlungen in den Wirkungen unterscheiden und
- c) die Zulässigkeit einer Handlung von dem Rechtsgebiet bestimmt wird, dem sie zugehört;

4. die Frage nach der Funktion der PH.

1. Die Abgrenzung der PHen von anderen Vorgängen im Prozeß

Die Abgrenzung von den anderen rechtserheblichen Tatsachen des Prozeßrechts (z. B. Tod einer Partei) ist notwendig, da die Prozeßentwicklung nicht

¹⁰⁷⁾ Darauf weist — bezüglich der Vereinbarungen im Zivilprozeß — *Schiedermair* hin, vgl. Prozeßvereinbarungen, S. 9/10.

allein auf Handlungen zurückzuführen ist¹⁰⁸). Dazu bedarf es der Klärung, was unter einer „Handlung“ im Sinne des Prozeßrechts zu verstehen ist. Wird diese Frage in den grundsätzlichen Untersuchungen über den PHBegriff auch regelmäßig aufgeworfen¹⁰⁹), so wird die Begriffsbestimmung unter dieser Fragestellung allein jedoch mit Recht nirgends vorgenommen. Eine solche Definition müßte notwendig einseitig ausfallen, da sie nur die *Abgrenzung nach innen*¹¹⁰), zu anderen Erscheinungen des Prozeßrechts, nicht aber die Abgrenzung von solchen Vorgängen bringen würde, die nicht dem Prozeßrecht unterliegen. Die Notwendigkeit einer *Abgrenzung nach außen*¹¹¹) ist jedoch der Hauptgrund für die zahlreichen Bemühungen, zu einer klaren Begriffsbestimmung zu kommen.

Als Ausgangspunkt für die Abgrenzung der PHen nach innen dient im allgemeinen der in der Philosophie entwickelte Handlungsbegriff¹¹²). Da es für unsere Untersuchung nicht so sehr darauf ankommt, was man allgemein unter einer Handlung zu verstehen hat, sondern darauf, was eine Handlung im Sinne des Prozeßrechts im Gegensatz zu den anderen prozeßrechtlich bedeutsamen Tatsachen ist, braucht auf den — besonders im Strafrecht — viel umstrittenen allgemeinen Handlungsbegriff nur in großen Zügen eingegangen zu werden. Die Philosophie bezeichnet als Handlung „jedes Sichbetätigen des Menschen, an dem sein Organismus beteiligt ist und für das er verantwortlich ist“. Sie sieht in der Handlung eine Erscheinungsform der Willensfreiheit und der Zwecktätigkeit¹¹³), einen „bewußten Willensakt“, der in „zielgerichteter Aktivität“ vorgenommen wird¹¹⁴). Dabei unterscheidet sie zwischen inneren und äußeren Handlungen¹¹⁵), „je nachdem die Veränderung, in der das Wollen sich realisiert, in die Außen- oder in die Innenwelt fällt“¹¹⁶).

¹⁰⁸) Wach, Handbuch I, S. 24; Sauer, Grundlagen, S. 175; R. Schmidt, S. 7, sieht dagegen in dem Verfahren die „Vielheit der Prozeßhandlungen“, unterscheidet aber auch von den PHen die Tatsachen, die auf den „Prozeß als Ganzes“ einwirken.

¹⁰⁹) Vgl. u. a. Hellwig, Prozeßhandlung, S. 43 ff.; Niese, Dissertation, S. 23 ff.; Deinhardt, S. 8 f.

¹¹⁰) Niese, aaO. S. 22.

¹¹¹) Niese, aaO.

¹¹²) Vgl. Siegert, Prozeßhandlungen, S. 18; Wehmeyer, S. 13; Deinhardt, S. 8.

¹¹³) Schmidt-Streller, Philosophisches Wörterbuch, 11. Aufl., Stuttgart 1951, unter „Handlung“; ähnlich Kirchner-Michaelis, Wörterbuch der philosophischen Grundbegriffe, 5. Aufl., Leipzig 1907, S. 255.

¹¹⁴) Erwin Metzke, Handlexikon der Philosophie, Heidelberg 1949, unter „Handeln“.

¹¹⁵) Metzke, aaO.

¹¹⁶) Vgl. Eisler, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, 4. Aufl., Berlin 1927/30, unter „Handlung“.

Ein so weitgehender Handlungsbegriff ist für das Recht nicht verwertbar. Der rechtlichen Bewertung unterliegt nur das nach außen in Erscheinung getretene Verhalten. Rein innere Vorgänge fallen nicht unter den rechtlichen Handlungsbegriff¹¹⁷⁾.

Von dem blind kausalen Geschehen unterscheidet sich menschliches Verhalten dadurch, daß es auf einem bewußten Willensakt beruht. Nur bewußtes und gewolltes äußeres Verhalten ist eine Handlung im juristischen Sinne¹¹⁸⁾. Daher scheiden alle Reflexbewegungen und die durch vis absoluta¹¹⁹⁾ erzwungenen Körperbewegungen aus dem juristischen Handlungsbegriff aus¹²⁰⁾.

Jedes (positive) Tun verursacht eine Zustandsveränderung in der Außenwelt. Ob das Recht an diese Zustandsveränderung eine Rechtsfolge knüpft oder nicht, ist eine Frage positiven Rechts. Die Rechtswirkung ist nicht Begriffsmerkmal des allgemeinen Handlungsbegriffes.

Dagegen ist es zweifelhaft, ob der äußere Erfolg, den das menschliche Verhalten verursacht, allgemeines Begriffsmerkmal der Handlung ist¹²¹⁾. Für die Charakterisierung einer Handlung, d. h. für die Abgrenzung von anderen Handlungsarten ist es freilich von entscheidender Bedeutung, welche Wirkung eine Handlung hervorzurufen geeignet ist. Für die Entscheidung, ob ein äußerer Vorgang überhaupt eine menschliche Handlung ist, genügt es aber, auf das bewußte und gewollte äußere Verhalten abzustellen. Da dieses — soweit es sich um ein positives Tun handelt — nur an einer Zustandsveränderung erkannt werden kann, ist in dieser Formulierung die Handlung als solche kennzeichnende Wirkung notwendig enthalten.

¹¹⁷⁾ *Eltzbacher*, Die Handlungsfähigkeit, Berlin 1903, S. 82.

¹¹⁸⁾ Vgl. *Lehmann*, Allgemeiner Teil, § 20 IV; *Süss*, Anerkenntnis, S. 54, für die Prozeßhandlung.

¹¹⁹⁾ So für das Prozeßrecht die überwiegende Meinung, vgl. *Siebert*, aaO. S. 21 Anm. 2 mit Nachweisen.

¹²⁰⁾ *Lehmann*, aaO.

¹²¹⁾ *Nipperdey* (*Enneccerus-Nipperdey*, § 137 I; ähnlich *Eltzbacher*, aaO. S. 82) bejaht dies. Er bezeichnet als eine Handlung im Rechtssinne „die gewollte oder doch voraussehbare Bewirkung eines äußeren Erfolges“. *Siebert* (aaO. S. 21) sieht im Anschluß an *Klein* (Die schuldhafteste Parteihandlung, Wien 1885, S. 7) in einer Handlung das durch den Willen bestimmte menschliche Verhalten, das zu einem sinnlich wahrnehmbaren Erfolg führt. *Luxenberg* (S. 10) und *Deinhardt* (S. 8) bezeichnen die Handlung als die „Umgestaltung eines äußeren Zustandes nach einer inneren, auf Verwirklichung drängenden Vorstellung“. Demgegenüber beschränkt *Lehmann* (aaO. § 20 IV) den Handlungsbegriff auf das „gewollte äußere Verhalten“. *Niese*, Dissertation, (S. 25) lehnt die Wirkung einer Handlung als unterscheidendes Begriffsmerkmal ab, weil die Wirkung auf dem Gesetz der Kausalität beruhe und eine Handlung stets eine Wirkung zur Folge habe.

Mit der Frage, ob die tatsächliche Wirkung als unterscheidendes Merkmal in den allgemeinen Handlungsbegriff gehört, hängt eng die weitere Frage zusammen, ob der mit der Handlung verfolgte Zweck notwendiges Begriffsmerkmal ist. Jede Handlung ist im philosophischen Sinne Ausübung menschlicher Zwecktätigkeit. „Unsere Handlung bezieht sich, als ‚Mittel‘ zur Herstellung desselben, auf einen Effekt, und dieser im Bewußtsein (vorstellungs- oder gedankenmäßig) vorweggenommene (antizipierte) Willenseffekt ist der Zweck (das Ziel) einer Handlung“¹²²). Aus dieser Erkenntnis heraus hat sich im Strafrecht im Gegensatz zu dem bisher herrschenden „natürlichen“ oder „kausalen“¹²³) Handlungsbegriff¹²⁴) die finale Handlungslehre herausgebildet¹²⁵). Im Prozeßrecht wird, wie noch zu zeigen ist, zur Unterscheidung der PH von anderen Handlungsarten der objektivierte Zweck, d. h. der typische Gesetzeszweck — im Gegensatz zu dem subjektiven Zweck, den der Handelnde verfolgt — herangezogen. Für die Frage, ob überhaupt eine Handlung und nicht nur eine bloße Tatsache vorliegt, vermag der mit der Handlung verfolgte subjektive Zweck nichts auszusagen. Dieser geht gewöhnlich über die Zustandsveränderung, an der das Verhalten erkennbar wird, hinaus. Darauf, welche der u. U. verschiedenen Wirkungen eines menschlichen Verhaltens bezweckt und damit zum Inhalt des Willens gemacht sind, kann es für die Feststellung, ob überhaupt eine Handlung vorliegt, nicht ankommen¹²⁶). Für das Vorliegen einer Handlung ist nur erforderlich, daß die Zustandsveränderung, an der die Handlung erkennbar wird, z. B. bei der Vorlage einer Urkunde der Übergang der Urkunde von einer Hand in die andere, von Bewußtsein und Willen erfaßt ist. Der mit der Vorlage verfolgte Zweck erfaßt auch die Zustandsveränderung als ein Glied in der Kausalreihe, denn der Handlungszweck erfaßt immer auch die erforderlichen Mittel¹²⁷). Ob die weiteren tatsächlichen und rechtlichen Wirkungen, die sich aus dem menschlichen Verhalten ergeben, gewollt sind oder nicht, spielt für die Frage, ob überhaupt eine Handlung vorliegt, keine Rolle. Es bedarf nur des Handlungswillens¹²⁸). Dies kommt am besten in der Definition der (positiven) Handlung als einer „bewußten und gewollten Körperbewegung“ zum Aus-

¹²²) *Eisler*, aaO. unter „Zweck“; vgl. auch *Niese*, Dissertation, S. 26.

¹²³) Vgl. *Maihofer*, aaO. S. 2 und dort Anm. 3.

¹²⁴) Vgl. u. a. *Radbruch*, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, Berlin 1904; *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906, S. 8 ff.

¹²⁵) Literaturnachweise bei *Welzel*, Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen, 3. Aufl., Berlin 1954, S. 24 ff.

¹²⁶) *Niese*, Dissertation, S. 27.

¹²⁷) *Welzel*, aaO. S. 29.

¹²⁸) Vgl. auch *Rosenberg*, § 59, 1.

druck. Damit ist genügend gekennzeichnet, was man unter einer (positiven) Handlung im Gegensatz zu einer Tatsache zu verstehen hat. Eines weiteren Hinweises darauf, daß die äußere Zustandsveränderung, mit der das auf einem inneren Entschluß beruhende Verhalten erkennbar wird, gewollt sein muß und daß die Handlung eine Erscheinungsform menschlicher Zweckmäßigkeit ist, bedarf es nicht. Dies kommt in der angeführten Begriffsbestimmung hinreichend zum Ausdruck.

Ist für den allgemeinen Handlungsbegriff die Aufnahme der Begriffsmerkmale „Wirkung“ und „Zweck“ auch nicht erforderlich, so kann *Niese*¹²⁹⁾ doch nicht darin zugestimmt werden, daß „Zweck“ und „Wirkung“ als unterscheidende Merkmale deshalb nicht in den Begriff gehörten, weil jede Handlung eine Wirkung äußere und es mit dem Wesen der Handlung nichts zu tun habe, wie der Zweck den Willen beeinflusse¹³⁰⁾. Damit wird die Einheit des Handlungsvorganges zerstört und die Handlung zu einem „bloßen Kausalvorgang herabgedrückt“¹³¹⁾. Sieht man „Wirkung“ und „Zweck“ als nicht zum Wesen der Handlung gehörend an, so bleibt für den hier behandelten allgemeinen Handlungsbegriff nichts übrig als ein blutleeres Gebilde¹³²⁾. Auch ließe es sich dann schwerlich vertreten, die Rechtsnatur einer Handlung, also die Abgrenzung der einzelnen Handlungsarten untereinander, nach der Wirkung zu bestimmen.

Es ist jedoch fraglich, ob die für die (positive) Handlung aufgestellte allgemeine Begriffsbestimmung für das Prozeßrecht verwertbar ist. In den einzelnen Rechtsgebieten kann die „Handlung“ eine durchaus verschiedene Bedeutung haben. Für die *Abgrenzung von den anderen Prozeßtatsachen* ist die Bestimmung einer (positiven) Handlung als einer „bewußten und gewollten äußeren Körperbewegung“ ausreichend. Aus der großen Fülle der im Zusammenhang mit einem künftigen oder anhängigen Prozeß vorgenommenen Handlungen kommen allerdings nur die rechtserheblichen in Betracht, d. h. diejenigen, an deren ordnungsgemäße Vornahme das Prozeßrecht ebenso wie an die anderen Prozeßtatsachen prozessuale Folgen knüpft, die also prozessuale Wirkungen hervorzurufen geeignet sind. Für unsere Untersuchung scheiden daher alle in der rechtlichen Bewertung indifferenten tatsächlichen Handlungen aus, mögen sie — wie z. B. das Aktentragen in den Gerichtssaal

¹²⁹⁾ Dissertation, S. 25.

¹³⁰⁾ Ebenso lehnt *Sauer* den Zweck als Begriffsmerkmal ab, obwohl er die Auffassung vertritt, daß der Zweck zum „Wesen“ der Prozeßhandlung gehöre, da sich eine Handlung ohne Zweck für den Regelfall nicht denken lasse (Grundlagen, S. 168).

¹³¹⁾ *Welzel*, aaO. S. 32; *Niese* sagt selbst, daß er nur einen „Ausschnitt aus der Kausalreihe“ als Handlung bezeichne; aaO. S. 27 Anm. 10.

¹³²⁾ Das gibt *Beling*, aaO. S. 17, selbst zu.

— auch notwendig sein¹³³). Ob sie im konkreten Einzelfall tatsächlich prozessuale Wirkungen hervorrufen, ist für die Abgrenzung der rechtserheblichen Handlungen von den unerheblichen ohne Belang¹³⁴).

Für die Frage der Abgrenzung der prozessual erheblichen Handlungen von den anderen Prozeßstatsachen kann es keinen Unterschied machen, ob das Verhalten unmittelbar oder nur mittelbar prozessuale Wirkungen hat. Knüpft dagegen das Prozeßrecht eine Rechtsfolge an ein Vorkommnis, ohne Rücksicht darauf, ob dieses auf eine Handlung zurückzuführen ist oder nicht, so ist eine etwaige Handlung auch in dem hier behandelten Zusammenhang prozessual nicht relevant. Das gilt z. B. für die Tötung des Prozeßgegners. Die prozessualen Wirkungen treten allein auf Grund des Todes des Prozeßgegners ein¹³⁵). Etwas anderes gilt z. B. für die Reise der Partei zu ihrem Anwalt. Unter dem Gesichtspunkt der Kostenregelung kann diese „Handlung“ prozessual bedeutsam sein. Die Reise hat hier nicht nur die Bedeutung einer bloßen „Tatsache“. Eine andere Frage ist es, ob diese „Handlung“ unter der ganz anderen Fragestellung der Funktionen der PHen als eine solche anzusehen ist.

Für die Frage, ob überhaupt eine prozessual relevante „Handlung“ im Gegensatz zu den anderen Prozeßstatsachen vorliegt, bei denen es lediglich auf das faktische Vorhandensein ankommt, reicht die in der angeführten Definition¹³⁶) zum Ausdruck kommende Zweckbestimmung des Handelnden aus¹³⁷). Die Reise der Partei zum Anwalt bleibt im Gegensatz zu den faktischen Ereignissen eine im Sinn des § 91 bedeutsame „Handlung“, gleichgültig, ob die Rechtsfolge — im subjektiven oder objektiven Sinne¹³⁸) — bezweckt ist oder nicht. Damit ist ebenfalls nicht gesagt, daß die Reise zum Anwalt eine PH ist. Die Abgrenzung zu den prozessualen Tatsachen ist nur eine und nicht die wesentlichste Seite des PHbegriffes. In dieser Beschränkung kann man die prozessual erhebliche (positive) Handlung als eine gewollte und bewußte Körperbewegung bezeichnen, an deren Vornahme das Recht prozessuale Folgen anknüpft.

Die bisherigen Erörterungen bezogen sich auf die Handlung als ein positives Tun. Nur dieses kann man im natürlichen Sinne als ein Handeln be-

¹³³) Peters, Strafprozeß, Karlsruhe 1952, S. 195 f.

¹³⁴) Vgl. Hegler, GerS 93, 448 Anm. 5; Sauer, ArchRPhil 19, 279, unter Berufung auf Binder; Schiedermair, Prozeßvereinbarungen, S. 34; Walsmann, AcP 102, 21.

¹³⁵) Das erkennt Walsmann, aaO. S. 13.

¹³⁶) S. oben S. 25.

¹³⁷) A. A. Walsmann, aaO. S. 14.

¹³⁸) S. dazu unten S. 56.

§ 6. Übersicht über Lehre und Rechtsprechung

zeichnen. Das Recht setzt dem aus praktischen Gründen häufig die Unterlassung gleich¹³⁹⁾. Diese Gleichsetzung erfolgt allerdings nur im Rechtssinne. Ihrer Natur nach sind Handlungen (im natürlichen Sinne) und Unterlassungen nicht völlig gleich, wie *Beling*¹⁴⁰⁾ meint. Das zeigt sich schon an dem verschiedenen äußeren Erscheinungsbild, der Zustandsveränderung bei der Handlung und der Zustandsbeharrung bei der Unterlassung. Beide Begriffe verhalten sich wie A zu non-A¹⁴¹⁾. Handlung und Unterlassung *können* aber im ständigen Fluß des Geschehens die gleichen tatsächlichen Wirkungen hervorrufen. Dies ist auch der Grund für die vielfach gleiche rechtliche Bewertung. Beide sind Ausdrucksformen menschlichen Verhaltens.

Nach dem Sprachgebrauch bezieht sich die Unterlassung auf eine bestimmte Handlung. Es gibt nicht, wie *Beling*¹⁴²⁾ offenbar meint, ein reines Unterlassen, ein „Unterlassen an sich“, sondern nur die Unterlassung einer bestimmten Handlung¹⁴³⁾. Die Vornahme dieser Handlung muß in der Macht des Nichthandelnden liegen. Nur dann kann man von einer Unterlassung sprechen. Darauf, ob die Unterlassung als solche gewollt ist oder nicht, kommt es für den Begriff der Unterlassung nicht an¹⁴⁴⁾. Auch die fahrlässige Nichtvornahme einer möglichen Handlung ist eine Unterlassung¹⁴⁵⁾.

Eine andere Frage ist es, ob die Unterlassung überhaupt und nur die gewollte oder auch die fahrlässige Unterlassung einer juristischen (positiven) Handlung gleichgesetzt werden kann. Das ergibt sich allein aus dem jeweiligen Rechtsgebiet. Dieses entscheidet darüber, was für den betreffenden Bereich unter einer Handlung im Rechtssinne zu verstehen ist, ob nur ein positives Tun oder jedes äußere Verhalten, also auch die Unterlassung. Es handelt sich dabei um eine dem jeweiligen Rechtsgebiet zu entnehmende Frage der Wertung¹⁴⁶⁾. Ob nur die gewollte oder auch die ungewollte Unterlassung einer möglichen Handlung als menschliches Verhalten im Rechtssinne anzusehen und damit dem positiven Tun gleichzusetzen ist, ist eine Frage der Zurechenbarkeit, die in jedem Rechtsgebiet verschieden geregelt sein kann.

Ob der Prozeßhandlungsbegriff auch die Unterlassung umfaßt, ist um-

¹³⁹⁾ Vgl. *Lehmann*, aaO. § 20 IV.; *Eltzbacher*, aaO. S. 79 ff.

¹⁴⁰⁾ AaO. S. 14 f.; ähnlich *Niese*, Dissertation, S. 25 f.

¹⁴¹⁾ *Welzel*, aaO. S. 147.

¹⁴²⁾ AaO. S. 14/15.

¹⁴³⁾ *Welzel*, aaO. S. 147; zustimmend *Enneccerus-Nipperdey*, § 137 zu Anm. 4.

¹⁴⁴⁾ *Welzel*, aaO. S. 147/148.

¹⁴⁵⁾ Vgl. *Lehmann*, aaO.

¹⁴⁶⁾ Vgl. *Engisch*, Konkretisierung, S. 118.

stritten¹⁴⁷⁾. *Sax* verneint dies. Es gebe „nur unterlassene Prozeßhandlungen, keine Prozeßhandlung durch Unterlassen“. Zwar könne „ein materielles Rechtsgut durch Begehung ebensogut verletzt werden wie durch Unterlassung eines Schaden abwehrenden Handelns. Aber das *Funktionieren eines aktiven Vorganges*“ sei „stets nur bei *Vornahme* der nach dem jeweiligen Geschehensplan und -stadium erforderlichen Handlungen gewährleistet, falls nicht — wie beim Vorgange des Prozesses . . . — Vorsorge dafür getroffen“ sei, „daß der Vorgang auch bei Nichtvornahme dieser Handlung funktioniert“. PHen seien daher „im wahren Wortsinne prozeßgestaltende *Betätigungen*“⁽¹⁴⁸⁾.

Auch in dieser Frage ist zu unterscheiden, zu welchem Zweck die Begriffsbestimmung vorgenommen wird. Für die Unterscheidung der PHen von den rechtserheblichen Handlungen des Privatrechts kommt es freilich allein darauf an, welche Rechtsnatur die unterlassene *Handlung* hat. Unter dem hier behandelten Gesichtspunkt der Abgrenzung von den anderen prozessualen Tatsachen kann *Sax* nicht darin zugestimmt werden, daß nur die *Vornahme* einer PH ein rechtserhebliches Handeln im Sinne des Prozeßrechts darstellt.

Die Gleichsetzung von Handlung und Unterlassung erfolgt im Bereich des Rechts nicht nur, wie *Sax* offenbar meint, in der Frage der Zurechnung einer Rechtsgüterverletzung, sondern auch sonst hinsichtlich der Zurechnung menschlichen Verhaltens. Das zeigt sich im Privatrecht z. B. an der Willenserklärung durch bloßes Stillschweigen¹⁴⁹⁾. Hier kann auch ein Unterlassen zum Zustandekommen eines Rechtsverhältnisses führen. Der Vorgang der Entstehung des Rechtsverhältnisses, der ebenfalls, wenn auch in einem eingeschränkteren Sinne, als ein dynamischer aufgefaßt werden kann, funktioniert also u. U. auch ohne ein positives Tun. Dies aber nicht, weil die Rechtsordnung für den Fall der Nichtvornahme Vorsorge getroffen hat, sondern weil — im Bereich der Willenserklärungen — das Recht an den Willen anknüpft¹⁵⁰⁾ und es gleichgültig ist, ob dieser durch eine positive Erklärung oder auch durch bloßes Nichtstun¹⁵¹⁾ zum Ausdruck kommt. Handlung und Unterlassung werden hier mit Recht gleich behandelt.

¹⁴⁷⁾ Von der h. L. wird dies bejaht; vgl. u. a. *Hellwig*, Prozeßhandlung, S. 49, Syst. I, S. 421, 423 Anm. 3; *Lent*, § 29 I; *Roscnberg*, § 59, 1; *Sauer*, Prozeßrechtslehre, § 9 II 1; *Sigert*, Prozeßhandlungen, S. 20; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, IV 1 b vor § 128 zu N 42; *Deinhardt*, S. 9; *Niese*, Dissertation, S. 38; für den Strafprozeß vgl. *Peters*, aaO. S. 195; a. A. vor allem *Walsmann*, aaO. S. 22, ZZZ 43, 140; *Sax*, ZZZ 67, 23 Anm. 9.

¹⁴⁸⁾ ZZZ 67, 23 Anm. 9.

¹⁴⁹⁾ *Manigk*, Das rechtswirksame Verhalten, Berlin 1939, S. 357.

¹⁵⁰⁾ Vgl. *Manigk*, JbFD 83, S. 37.

¹⁵¹⁾ Nachweise bei *Enneccerus-Nipperdey*, § 153 III zu N 9.

Diese Beobachtung ist jedoch im Prozeßrecht nur in beschränktem Maße zu machen. Das Recht knüpft hier in der Regel an die *Tatsache* der Nichtvornahme einer Handlung an. Das Verfahren muß ablaufen können, auch wenn sich eine Partei passiv verhält. So treten die Wirkungen einer Nichtvornahme bei der Versäumung einer PH in der Regel unabhängig davon ein, ob es der Partei überhaupt möglich war, die Handlung vorzunehmen. In diesen Fällen kann man von einer Unterlassung nicht sprechen, da sie begrifflich die Möglichkeit zur Vornahme der Handlung voraussetzt¹⁵²⁾. Kommt es auch für die Art der Wirkung nicht so sehr auf die Tatsache des *Unterbleibens* als auf die unterbliebene *Handlung* an¹⁵³⁾, so kann in diesen Fällen die Nichtvornahme einer Handlung doch einer *Tatsache* gleichgesetzt werden. Nur an sie knüpft das Gesetz an. Es ist ohne Belang, ob im konkreten Einzelfall die Versäumung gewollt oder fahrlässig unterlassen ist oder gar nicht möglich war. Selbst wenn das Verstreichenlassen einer Frist gewollt ist, kann man nicht von einer prozessual relevanten Unterlassung sprechen, da die Wirkungen des Fristablaufs unabhängig von dem Willen der Partei eintreten¹⁵⁴⁾. Eine andere Frage ist es, ob die eingetretenen Wirkungen bei Nachweis des fehlenden Beherrschungsvermögens (vgl. § 233) oder des fehlenden Verschuldens (vgl. § 274 III¹⁵⁵⁾ wieder beiseitegeschoben werden können.

Wohl auf Grund dieser Beobachtung hat schon *Walsmann*¹⁵⁶⁾ die Meinung vertreten, daß für das Prozeßrecht eine Gleichsetzung von Handlung und Unterlassung nicht in Betracht komme. Es müßte ihm wie auch *Sax* dann zugestimmt werden, wenn das Gesetz bei der Nichtvornahme einer Handlung für den Eintritt prozessualer Wirkungen die Tatsache der Untätigkeit grundsätzlich genügen ließe. Die gesetzliche Regelung ist aber nicht so starr, sondern das Gesetz verbindet häufig die Nichtvornahme einer Handlung mit einem subjektiven Element¹⁵⁷⁾ (z. B. §§ 279, 529) oder schenkt doch der Frage Beachtung, ob die Vornahme der Handlung überhaupt möglich ist (§ 337). Mit der Berücksichtigung subjektiver Elemente will das Gesetz nicht nur den Belangen der nichthandelnden Partei (vgl. §§ 44 IV, 510), sondern auch, wie die Regelung der §§ 279, 529 zeigt, durch den Ausschluß späteren Handelns¹⁵⁸⁾ der ungestörten Fortentwicklung des Verfahrens dienen.

¹⁵²⁾ Vgl. *Larenz*, NJW 1953, 686; *Enneccerus-Nipperdey*, § 137 I zu Anm. 5.

¹⁵³⁾ *Siebert*, aaO. S. 21.

¹⁵⁴⁾ Vgl. *Niese*, Dissertation, S. 37 f.

¹⁵⁵⁾ Vgl. *Rosenberg*, § 76 IV.

¹⁵⁶⁾ AcP 102, 22.

¹⁵⁷⁾ Vgl. *Goldschmidt*, S. 355 und dort Anm. 1817 b gegen *Walsmann*.

¹⁵⁸⁾ *Lent*, § 29 I.

Da das Gesetz nicht nur an die bewußt gewollte, sondern auch an die fahrlässige Nichtvornahme einer PH prozessuale Folgen knüpft, mag es zunächst so scheinen, als ob im Prozeßrecht sowohl die gewollte als auch die nicht gewollte, aber mögliche Unterlassung einer Handlung als ein *Verhalten* im Gegensatz zu einer bloßen *Tatsache* anzusehen ist. Eine so weitgehende Gleichsetzung wird im allgemeinen abgelehnt. Auch die weite Formulierung von *Sauer*¹⁵⁰⁾, der die Unterlassung der Handlung „wie im Strafrecht“ dann gleichsetzen will, „wenn sie die gleiche Tendenz im Einzelfall wie eine positive Äußerung erkennen läßt (Nichterklärung, Nichtverhandlung im Termin)“, schließt offensichtlich nicht die ungewollte Unterlassung ein¹⁶⁰⁾. Die h. L. stellt die Unterlassungen den Handlungen nur insoweit gleich, als sie auf einen bewußten Willensakt zurückzuführen sind¹⁶¹⁾ (vgl. §§ 44 IV, 279, 510, 529). Damit scheiden die „unbewußt“ fahrlässigen Unterlassungen aus. Konstruktiv ließen sich auch diese auf einen bewußten Willensakt zurückführen, wenn man die Unterlassung als eine Folge der auf andere Dinge gerichteten Willensbetätigung ansähe¹⁶²⁾. Damit würde aber der Zusammenhang zwischen dem Willensakt und der fraglichen Unterlassung zerrissen. Das Ausscheiden der „unbewußt“ fahrlässigen Unterlassungen aus dem Begriff der Unterlassung für das Prozeßrecht läßt sich jedoch nicht damit begründen, daß eine solche Einbeziehung zwecklos wäre, weil es im Prozeßrecht „nicht sowohl auf die Tatsache des *Unterbleibens* als vielmehr auf die unterbliebene *Handlung* selbst“ ankomme¹⁶³⁾. Dies träfe in gleicher Weise auch für die gewollte Unterlassung zu. Eine Gleichsetzung der ungewollten Unterlassung einer an sich möglichen Handlung mit dem bewußten und gewollten Tun verbietet sich für den PHbegriff vielmehr im Interesse einer klaren Abgrenzung der PHen von den prozessual relevanten Tatsachen. Durch ein Hineinnehmen auch der ungewollten Unterlassung in den Begriff würde die Grenze zu den Fällen, in denen das Gesetz an die *Tatsache* der Nichtvornahme einer PH anknüpft, verwischt. Außerdem müßte der Begriff der „Handlung“ weiter gefaßt werden als für das positive Tun¹⁶⁴⁾. Bloß zur Erfassung eines — praktisch kaum bedeutsamen — Grenzfalles ist dies aber nicht berechtigt. Maßgebend für den

¹⁵⁰⁾ Prozeßrechtslehre, § 9 II 1.

¹⁶⁰⁾ Dafür spricht das Beispiel der Nichtverhandlung gem. § 333; vgl. Grundlagen, S. 357.

¹⁶¹⁾ Vgl. für viele *Rosenberg*, § 59, 1. Für die Einverständniserklärung gem. § 128 Abs. 2 vgl. OLG München NJW 1955, 995¹⁴.

¹⁶²⁾ So für das Privatrecht *Lehmann*, Allgemeiner Teil, § 20 IV.

¹⁶³⁾ *Siegert*, aaO. S. 21.

¹⁶⁴⁾ Vgl. z. B. für das Privatrecht den weitgefaßten Handlungsbegriff bei *Eltzbacher*, aaO. S. 82.

„Begriffskern“¹⁶⁵⁾ ist das positive Tun. Dieses spielt für das Funktionieren des Prozesses die wichtigste Rolle. Nur solche Unterlassungen, die ebenso wie das positive Tun auf einem bewußten Willensakt beruhen, können den positiven Handlungen gleichgesetzt werden.

Als „Handlung“ im Gegensatz zu einer „Tatsache“ im Sinne des Prozeßrechts kann daher *das bewußte und gewollte äußere Verhalten einer Person*¹⁶⁶⁾, *an welches das Recht prozessuale Wirkungen anknüpft*, bezeichnet werden.

Die Farblosigkeit dieser Begriffsbestimmung¹⁶⁷⁾ ist auf die Einseitigkeit der Fragestellung zurückzuführen. Erst in der Abgrenzung nach *außen* zu den rechtserheblichen Handlungen des Privatrechts wird der für die PHen typische funktionelle Zusammenhang zwischen „Handlung“ und „Prozeß“ zum Ausdruck kommen. Damit wird die hier vorgenommene Abgrenzung nach *innen* nicht überflüssig. Sie gehört in jede Begriffsbestimmung, gleichgültig, unter welchem Gesichtspunkt die Abgrenzung nach außen erfolgt. Es wäre allerdings verfehlt — und dies geschieht auch nirgends —, das Problem der PHen *nur* in der Abgrenzung von anderen prozessual relevanten Erscheinungen zu sehen.

Aus der großen Zahl der prozessual erheblichen Handlungen kommen für unsere Untersuchung nur die der Parteien in Betracht. Eine Aufnahme des Prozeßsubjekts in die Begriffsbestimmung der PH ist notwendig zur Unterscheidung von den Prozeßhandlungen des Gerichts. Damit wird gleichzeitig eine Abgrenzung zu den Handlungen Dritter geschaffen, die wie z. B. die Zeugen prozessual erhebliche Handlungen¹⁶⁸⁾ vornehmen können, ohne Prozeßsubjekt zu sein. *Niese*¹⁶⁹⁾ lehnt es dagegen ab, das Prozeßsubjekt als unterscheidendes Merkmal in die Begriffsbestimmung aufzunehmen, weil es eine Frage des positiven Rechts sei, ob nur die Prozeßsubjekte den Prozeß gestalten, oder „ob auch Dritte, die nicht den Parteien oder dem Gericht angehören, an der Prozeßgestaltung teilhaben“. Abgesehen davon, daß es zweifelhaft ist, ob den Handlungen der nicht am Prozeßverhältnis Beteiligten

¹⁶⁵⁾ Heck, Begriffsbildung, S. 60.

¹⁶⁶⁾ Dies entspricht dem Begriffsmerkmal des „äußeren, auf einem bewußten Willen (Handlungswillen) beruhenden Verhaltens“ in der Definition der PH bei *Rosenberg*, § 59.

¹⁶⁷⁾ Vgl. *Sauer*, Prozeßrechtslehre, § 9 II 1.

¹⁶⁸⁾ *Sauer*, Grundlagen, S. 170; *Siegert*, aaO. S. 19 Anm. 3.

¹⁶⁹⁾ Dissertation, S. 35/36.

die gleiche Funktion zukommt wie den Handlungen der Prozeßsubjekte¹⁷⁰⁾, ist eine Abgrenzung notwendig, da die für die PHen geltenden Grundsätze nicht generell auf die prozessual erheblichen Handlungen Dritter anwendbar sind¹⁷¹⁾.

So braucht der Zeuge nicht prozeßfähig zu sein. In dem selbständigen Zwischenstreit über die Rechtmäßigkeit der Zeugnisverweigerung steht der Zeuge den anderen Prozeßparteien zwar wie eine Partei gegenüber¹⁷²⁾, seine prozessual erheblichen Handlungen — er kann z. B. die sofortige Beschwerde einlegen, wenn die Weigerung verworfen wird¹⁷³⁾ — stehen aber nicht den im anhängigen Rechtsstreit vorgenommenen *Parteihandlungen* gleich, denn der Gegenstand des Zwischenstreites ist ein ganz anderer, nämlich die Erfüllung der dem öffentlichen Recht angehörenden Zeugenpflicht¹⁷⁴⁾. Die für die PHen geltenden Sätze sind analog anzuwenden¹⁷⁵⁾, soweit es die Stellung der Zeugen als „Partei“ in diesem Verfahren erfordert. Man wird jedoch die prozessual erheblichen Handlungen Dritter nicht als Parteiprozeßhandlungen bezeichnen dürfen¹⁷⁶⁾.

Das Prozeßsubjekt ist daher als unterscheidendes Merkmal in die Begriffsbestimmung aufzunehmen¹⁷⁷⁾. Aus der großen Zahl der prozessual erheblichen Handlungen sind die der Partei herauszuheben. Damit ist die Partei im formellen Sinn gemeint, denn diese ist es, die „handelnd im Prozeß auftritt“¹⁷⁸⁾. Außer der Partei kann auch der Nebenintervenient im eigenen Namen PHen

¹⁷⁰⁾ So erfüllt beispielsweise der Zeuge mit seiner Aussage eine Pflicht materiell-rechtlichen Charakters, vgl. *Niese*, Prozeßhandlungen, S. 51, 53. *Wieczorek* dagegen sieht in der Erklärung des Zeugen, er verweigere das Zeugnis, eine „Prozeßerklärung“ im Sinne einer PH (§ 38 B II a 2). Zur Frage der Funktionen der PHen s. u. S. 92 f.

¹⁷¹⁾ *Walsmann*, aaO. S. 7 Anm. 5.

¹⁷²⁾ RGZ 13, 414; 20, 379; 28, 439; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 378 III zu N 9 mit weiteren Nachweisen.

¹⁷³⁾ *Baumbach-Lauterbach*, § 387, 3.

¹⁷⁴⁾ RGZ 13, 414.

¹⁷⁵⁾ *Walsmann*, aaO. S. 21 Anm. 29.

¹⁷⁶⁾ A. A. *Wach*, Handbuch I, S. 25, der die Äußerungen der Zeugen und Sachverständigen als Prozeßhandlungen im weiteren Sinne ansieht; ebenso *Wieczorek*, aaO.

¹⁷⁷⁾ Verfehlt wäre es jedoch, das Prozeßsubjekt zum ausschließlich unterscheidenden Kriterium zu machen (Dazu ausführlich *Walsmann*, aaO. S. 9/10). Dies will auch *Wach* (Handbuch I, S. 24) nicht, wie *Walsmann* (AaO. S. 9 zu Anm. 7) zu Unrecht annimmt. Er sieht als PHen nicht *alle* Handlungen an, welche die Prozeßsubjekte vornehmen (*Walsmann*, aaO.), sondern nur diejenigen, die „für die Begründung, Erhaltung, Ausübung, Veränderung, Aufhebung von Rechten, bzw. Pflichten von rechtlicher Bedeutung“ sind (*Wach*, aaO. S. 25).

¹⁷⁸⁾ *Siebert*, aaO. S. 24 Anm. 1.

vornehmen. Es kann hier auf sich beruhen, ob er als „Nebenpartei“¹⁷⁹⁾ oder nur als Dritter¹⁸⁰⁾ anzusehen ist. Der Begriff der PH wird durch die Vorschrift des § 67 nicht erweitert, da der Nebenintervenient bei seinem Handeln im Prozeß keine weitergehenden Befugnisse hat als die Partei selbst. In welchem Umfange er PHen vornehmen kann, ist eine Frage der Auslegung der §§ 67, 69.

Eine andere Frage ist es, ob die Vornahme der Handlung gegenüber einem anderen Prozeßsubjekt als unterscheidendes Merkmal in die Begriffsbestimmung gehört, wie vielfach angenommen wird¹⁸¹⁾. So sehen *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*¹⁸²⁾ die „Vornahme gegenüber dem Gericht oder dem Gegner“ als Kriterium für die Abgrenzung der PHen im engeren Sinne von denen im weiteren Sinne an. Demgegenüber meint *Niese*¹⁸³⁾, dies sei eine Frage des positiven Rechts, die mit dem Begriff der PH nichts zu tun habe. Daran ist richtig, daß das Gesetz weitgehend regelt, in welcher Form eine PH vorzunehmen ist; das verbietet es aber nicht, die „Vornahme gegenüber dem Gericht oder dem Gegner“ zur Abgrenzung von den rechtserheblichen Handlungen materiellrechtlicher Natur als unterscheidendes Merkmal heranzuziehen, wenn die Handlungen, die die Parteien gegenüber anderen Personen vornehmen, wie die Erteilung der Prozeßvollmacht und des Zustellungsauftrags, nicht prozessualer Natur sind. Das zu klären, ist Aufgabe der vorliegenden Untersuchung. Es wäre methodisch verfehlt und käme einer willkürlichen Vorwegnahme der Begriffsbestimmung gleich, wollte man die „Vornahme gegenüber dem Gericht oder dem Gegner“ von vornherein in die Begriffsbestimmung aufnehmen. Für die Abgrenzung der PHen nach innen spielt dieses Begriffsmerkmal keine Rolle.

Mit der unter dem Gesichtspunkt der Abgrenzung von den prozessual relevanten Tatsachen und den Handlungen Dritter vorgenommenen Begriffsbestimmung werden lediglich die prozessual erheblichen Handlungen der Parteien herausgestellt. Es handelt sich dabei nur um eine Seite der PHen. Es bleibt zu klären, welche von diesen Partei-handlungen unter dem Gesichtspunkt der Unterscheidung von den bürgerlichrechtlichen Handlungen bei einer funktionellen Betrachtungsweise als PHen bezeichnet werden können. Erst durch eine Beleuchtung von allen Seiten stellt sich heraus, welche der

¹⁷⁹⁾ *Hellwig*, Lb. 2 S. 510; *Nikisch*, § 112 I 1; *Rosenberg*, § 46 I.

¹⁸⁰⁾ *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 67 I zu N 1.

¹⁸¹⁾ Vgl. u. a. *Baumbach-Lauterbach*, Gr. 5 A vor § 128; *Sauer*, Grundlagen, S. 167; *Prozeßrechtslehre*, S. 132; *R. Schmidt*, S. 330; *Schönke-Schröder-Niese*, § 31 I; *Stein-Junker*, S. 145; *Stein*, *Enz.* S. 972; *RGZ* 56, 333 (334 f.).

¹⁸²⁾ § 78 IV 3; IV 1b vor § 128.

¹⁸³⁾ *Dissertation*, S. 36.

vielen Vorgänge im Prozeß — man denke an die Aufrechnung, die Reise der Partei zu ihrem Anwalt und die Niederlegung von Urkunden auf der Geschäftsstelle — im Interesse der Rechtsanwendung als PHen zu bezeichnen sind.

2. Begriffsbestimmung mit dem Ziel der Klärung der Rechtsnatur der im Prozeß vorgenommenen Rechtsgeschäfte

Um die Jahrhundertwende wurde das Problem des PHbegriffes vor allem in der Klärung der Rechtsnatur der im Prozeß vorgenommenen Rechtsgeschäfte gesehen. Eine Klarstellung wurde aus zwei Gründen für notwendig gehalten:

Es erschien aus praktischen Gründen zweckmäßig, den Prozeßbevollmächtigten auch zur Vornahme einseitiger Gestaltungsgeschäfte im Prozeß für befugt zu halten. Das Gesetz läßt jedoch in § 81 ebenso wie in den Bestimmungen der §§ 54, 67 offen, ob unter einer PH auch die Vornahme derartiger Rechtsgeschäfte innerhalb des Verfahrens zu verstehen ist.

Die Beobachtung, daß die PHen im allgemeinen von dem Bestand des Prozesses abhängig sind, ließen Zweifel aufkommen, ob dies auch für die im Verfahren vorgenommenen einseitigen Gestaltungsgeschäfte gelte oder ob diese bei Klagezurücknahme über das Verfahren hinaus materiellrechtliche Wirkungen ausübten.

Es ist selbstverständlich, daß es der Klärung bedarf, was bei den einzelnen gesetzlichen Vorschriften unter einer PH zu verstehen ist. Man verkannte jedoch früher, daß es sich hierbei lediglich um eine Frage der Gesetzesauslegung handelt, die von einer systematischen Begriffsbestimmung sorgfältig zu unterscheiden ist¹⁸⁴⁾.

So wurde vielfach die Problematik des PHbegriffs unter dem Gesichtspunkt des § 81 gesehen¹⁸⁵⁾. Diese Ansicht ist jetzt wohl allgemein überwunden¹⁸⁶⁾. Zwar ist zuzugeben, daß einerseits das praktische Bedürfnis, die Prozeßvollmacht auf die Vornahme bürgerlichrechtlicher Rechtsgeschäfte im Prozeß zu erstrecken, und andererseits die zweideutige gesetzliche Formulierung dazu verleiten konnten, auch solche Parteihandlungen als PHen i. S. des § 81 zu bezeichnen, die außerhalb des Prozesses vorgenommen unzweifelhaft Rechts-

¹⁸⁴⁾ Vgl. *Nußbaum*, Prozeßhandlungen, S. 6.

¹⁸⁵⁾ Vgl. *Petzold*, Gruch 44, 845 ff.; *Kiehl*, Gruch 45, 764; *Bunsen*, ZZZ 26, 294; *Wach*, ZZZ 27, 1 ff. (11); *Kohler*, ZZZ 29, 1 ff.; *Schneider*, ZZZ 31, 273/275; *Fitting*, Festgabe für Dernburg, S. 1 ff.; *Brettnner*, DJZ 1898, 344; weitere Nachweise bei *Rosenberg*, Stellvertretung, S. 144 Anm. 3.

geschäfte des bürgerlichen Rechts sind. Es ist aber verfehlt, die Abgrenzung der PHen von den Rechtsgeschäften materiellrechtlichen Charakters grundsätzlich unter diesem Blickwinkel vorzunehmen. Bei einer Ableitung des PHbegriffs aus § 81 besteht außerdem die Gefahr, daß die Begriffsbestimmung so weit ausfällt, daß sie für das Prozeßrecht im übrigen nicht brauchbar ist.

Das zeigen die Definitionen von *Bunsen*¹⁸⁷⁾ und *Wach*¹⁸⁸⁾ sowie die Ausführungen von *Kohler*¹⁸⁹⁾ und *Schneider*¹⁹⁰⁾, die bei ihren Untersuchungen über den Umfang der Prozeßvollmacht das Kriterium für die Unterscheidung von PH und bürgerlichem Rechtsgeschäft in der Vornahme der Handlung im Prozeß sehen¹⁹¹⁾. Auch der Zweck der Handlung, auf den *Petzold*¹⁹²⁾ abstellt, oder die Verbindung von Vornahme im Prozeß und Zweckausrichtung¹⁹³⁾ reichen für sich allein als Begriffsmerkmale nicht aus, um eine für das ganze Prozeßrecht brauchbare Begriffsbestimmung zu schaffen. Zu einer etwas engeren Begriffsbestimmung, die aber für das Prozeßrecht auch nicht allgemein geeignet ist, wie noch zu zeigen sein wird, kommt *Fitting*¹⁹⁴⁾. Er verlangt zu der „Vornahme im Prozeß“, daß die „Erklärung auf den Gang und die Entscheidung des Prozesses von Einfluß“ sei¹⁹⁵⁾. *Weismann* hält die Aufrechnung im Prozeß für eine PH mit Doppelnatur, weil die PH eine auf „Eröffnung oder Fortentwicklung oder Endigung des Prozesses gerichtete Handlung“ sei¹⁹⁶⁾.

Daß vom Gesetz nicht nur solche Parteihandlungen als PHen bezeichnet werden, die innerhalb eines Verfahrens vorgenommen werden, zeigt schon

¹⁸⁸⁾ Vgl. *Goldschmidt*, S. 469 zu N 2485 mit Nachweisen; *Nußbaum*, aaO. S. 76; *Rosenberg*, aaO. S. 66 f. Anm. 1; Lb. § 59, 2 b B.

¹⁸⁷⁾ ZZZ 26, 294; „I. w. S. sind Prozeßhandlungen alle Handlungen, welche eine Partei im Prozeß vornimmt, um dadurch auf die Entscheidung der Sache einzuwirken“, und S. 295: „alle Handlungen, welche irgendwie auf den Prozeß, insbesondere auf die Entscheidung von Einfluß sind.“; ähnlich ZZZ 35, 404.

¹⁸⁸⁾ ZZZ 27, 11: PH ist eine „Handlung im Prozeß oder die für den Prozeß bestimmte, ein Stück desselben bildende Handlung“; Handbuch, S. 576 f., nimmt er als weiteres Begriffsmerkmal die Normierung durch die Prozeßordnung hinzu. Dort steht der PHbegriff auch nicht unter der hier behandelten besonderen Fragestellung; vgl. unten S. 45.

¹⁸⁹⁾ ZZZ 29, 1 ff. (2 unter c).

¹⁹⁰⁾ ZZZ 31, 273 ff. (bes. S. 275).

¹⁹¹⁾ *Kohler* stellt die These auf, daß Rechtshandlungen, die sonst dem Zivilrecht angehören, in den Prozeß „hineingezogen“ werden können und dadurch zu Teilen des Prozesses werden, aaO. S. 1.

¹⁹²⁾ PHen sind „Handlungen einer Partei, die die Bestimmung haben, dem Gericht die Verwirklichung des angestrebten prozessualischen Zweckes, der Entscheidung des Rechtsstreits, zu ermöglichen.“ *Gruch* 44, 845.

¹⁹³⁾ *Wach* und *Bunsen*, aaO.

¹⁹⁴⁾ Festgabe für Dernburg, S. 1 ff.

¹⁹⁵⁾ AaO. S. 13.

¹⁹⁶⁾ ZZZ 26, 18.

die Bestimmung des § 78 Abs. 2¹⁹⁷⁾. Eine Beschränkung des Begriffs auf die „Vornahme im Prozeß“ nur, um den § 81 erklären zu können, ist weder gerechtfertigt noch notwendig. Es ist von der Rechtsprechung zwar allgemein anerkannt¹⁹⁸⁾, daß der Prozeßbevollmächtigte auch zur Abgabe und zum Empfang von einseitigen Gestaltungserklärungen ermächtigt sein muß, um seiner Aufgabe voll gerecht werden zu können. Man kann dieser Forderung aber gerecht werden, ohne den Begriff der PH für das ganze Prozeßrecht auf die Bestimmung des § 81 auszurichten. Daß die Prozeßvollmacht auch zur Vornahme von bürgerlichrechtlichen Handlungen, die der Verfolgung des Rechtsstreites dienen, ermächtigt, ergibt eine zweckentsprechende Auslegung des § 81¹⁹⁹⁾. Sachlich kommt man zu dem gleichen Ergebnis, ob man mit *Lent*²⁰⁰⁾, *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*²⁰¹⁾ und dem RG²⁰²⁾ diese Rechtsgeschäfte unter ausdrücklicher Beschränkung auf § 81 als PHen bezeichnet oder ob man mit *Rosenberg*²⁰³⁾ annimmt, daß sie durch ihre Vornahme im Prozeß ihre Rechtsnatur nicht verändern. Im Zusammenhang des § 81 ist es an sich gleichgültig, wie man diese Rechtsgeschäfte bezeichnet²⁰⁴⁾. Dagegen ist es für die später zu behandelnde Frage, welchen Regeln die im Prozeß vorgenommenen einseitigen Gestaltungsgeschäfte unterliegen, von ausschlaggebender Bedeutung, ob sie als PHen anzusehen sind²⁰⁵⁾. Es wäre daher irreführend, wenn eine Handlung, der unter einem für das ganze Prozeßrecht geltenden Gesichtspunkt der Charakter einer PH nicht zukommt, im Rahmen des § 81 als solche bezeichnet würde. Ohne hier schon zu der Frage Stellung nehmen zu wollen, ob diese einseitigen Gestaltungsgeschäfte als PHen anzusehen sind oder nicht, erscheint es doch im Interesse der Klarheit zweckmäßiger, im Rahmen des § 81 nur diejenigen Parteihandlungen als PHen anzuspre-

¹⁹⁷⁾ Vgl. *Rosenberg*, Stellvertretung, S. 62; vgl. auch *Schiedermaier*, Prozeßvereinbarungen, S. 37 f.

¹⁹⁸⁾ Vgl. die zahlreichen Nachweise bei *Neuner*, S. 128 Anm. 4, und *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 81 N 11—14.

¹⁹⁹⁾ Vgl. u. a. *Goldschmidt*, S. 469; *Lb.* S. 123 f.; *Grabner*, ZZP 48, 539; *Hellwig*, Syst. I, S. 627; *Lehmann*, Prozeßvergleich, S. 179; *Nußbaum*, Prozeßhandlungen, S. 76; *Rosenberg*, § 50 II 6ß; für die Kündigung *Molitor*, Die Kündigung, 2. Aufl., Mannheim 1951, S. 80, 124 Anm. 6; a. A. für die Aufrechnung *Oertmann*, Aufrechnung, S. 23, 35; *Nikisch*, Festschrift für Heinrich Lehmann, 1956, S. 770; *Gaude*, S. 58 f.

²⁰⁰⁾ Zivilprozeßrecht, §§ 21 V, 29 IV a. E.

²⁰¹⁾ § 81 III; ebenso *Baumbach-Lauterbach*, § 81, 2 A.

²⁰²⁾ Ständ. Rechtspr.; vgl. RGZ 48, 218 (221); 50, 426 (427); 53, 148 (149); 58, 227; 63, 411 (412); offen gelassen in RG LeipzZ 1931, 501 und RGZ 130, 39 ff. (47); vgl. auch KG DR 1941, 637.

²⁰³⁾ Stellvertretung, S. 792 ff.

²⁰⁴⁾ *Neuner*, S. 127.

²⁰⁵⁾ Vgl. *Rosenberg*, § 59, 2 b.

chen, denen eine solche Bezeichnung für das ganze Prozeßrecht zukommt. Die Bildung eines engeren Begriffes für die einzelne Vorschrift ist dagegen unschädlich²⁰⁶⁾.

Es ist jetzt wohl allgemein anerkannt²⁰⁷⁾, daß sich aus § 81 ein systematischer Begriff nicht herleiten läßt, wie umgekehrt der Umfang der Prozeßvollmacht nicht durch den unter ganz anderen Gesichtspunkten gewonnenen systematischen Begriff der PH bestimmt werden kann²⁰⁸⁾. Auch ist es unfruchtbar, nur zum Zwecke der Auslegung des § 81 zwischen einem engeren und weiteren PHbegriff zu unterscheiden²⁰⁹⁾, wobei dieser der Auslegung des § 81 dienen, während jener allgemein für das Prozeßrecht gelten soll. Selbst wenn man mit *Stein-Jonas-Schönke-Pohle* allgemein für das Prozeßrecht zwischen einem engeren — technischen — und einem weiteren PHbegriff unterscheiden wollte, ließe sich die Abgrenzung nicht aus § 81 entnehmen²¹⁰⁾.

Auch die Norm des § 54 wirft die Frage nach einer Abgrenzung von PHen und bürgerlichen Rechtsgeschäften auf. Dieser Bestimmung kommt nicht annähernd die gleiche praktische Bedeutung zu wie der Frage nach dem Umfang der Prozeßvollmacht, da es kaum bürgerliche Vorschriften gibt, die für „einzelne Prozeßhandlungen“ eine besondere Ermächtigung vorschreiben²¹¹⁾. Es ist jedoch nicht allein die geringe praktische Bedeutung des § 54, die es verbietet, aus dieser Gesetzesstelle heraus den Umfang des Prozeßhandlungsbereiches abzustecken²¹²⁾, sondern die Erwägung, daß auch hier für die Bestimmung des PHbegriffs allein der Zweck²¹³⁾ der Vorschrift, dem gesetzlichen Vertreter die Prozeßführung weitgehend zu erleichtern, maßgebend ist. Aus diesem Zweck kann nicht gefolgert werden, daß der gesetzliche Vertreter, der nach h. L.²¹⁴⁾ ohne besondere Ermächtigung zur Abgabe eines prozessualen Anerkenntnisses und Verzichts befugt ist, auch berechtigt sei, einen Prozeßvergleich zu schließen. Diese drei Parteihandlungen können

²⁰⁶⁾ Vgl. RGZ 77, 324 (329).

²⁰⁷⁾ Vgl. *Goldschmidt*, S. 469; *Hellwig*, Prozeßhandlung, S. 52; Lb. 2, S. 435 und dort Anm. 14 u. 15; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 81 III zu N 6; *Deinhardt*, S. 28/29; *Niese*, Dissertation, S. 7/8.

²⁰⁸⁾ *Rosenberg*, Stellvertretung, S. 793.

²⁰⁹⁾ So *Bunsen*, ZZP 26, 294; *Brettner*, DJZ 1898, 344.

²¹⁰⁾ *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 81 III.

²¹¹⁾ *Nikisch*, § 33 II 2; *Rosenberg*, der in dem Vergleich, dem wohl einzig praktischen Fall, einen bürgerlichrechtlichen Vertrag sieht, verneint überhaupt die Anwendungsmöglichkeit des § 54; vgl. § 49 II 3 b.

²¹²⁾ So *Deinhardt*, S. 28.

²¹³⁾ Vgl. *Wolf*, AcP 88, 186.

²¹⁴⁾ *Baumbach-Lauterbach*, § 54, 2; *Nikisch*, § 33 II 2; *Rosenberg*, § 49 II 3 b; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 54 II; RGZ 56, 333 (335).

nicht ohne weiteres im Rahmen des § 54 gleich behandelt werden, wie *Baumbach-Lauterbach*²¹⁵⁾ und *Stein-Jonas-Schönke*²¹⁶⁾ gegen die h. L.²¹⁷⁾ es wollen. Dem Prozeßvergleich kommt nicht nur hinsichtlich seiner prozessualen Funktion, sondern auch insofern eine ganz andere Bedeutung zu, als mit ihm zu meist eine Regelung der materiellen Rechtslage verbunden ist. Für diese bedarf der gesetzliche Vertreter der besonderen Ermächtigung nach materiellem Recht, da die prozessuale Norm des § 54 keine Änderung des materiellen Rechts herbeiführt²¹⁸⁾. Hierfür ist es gleichgültig, ob man den Prozeßvergleich mit *Rosenberg*²¹⁹⁾ als bürgerliches Rechtsgeschäft oder mit der h. L.²²⁰⁾ als PH mit Doppelnatur oder als einen rein prozessualen Vorgang ansieht, mit dem ein bürgerlichrechtlicher Vergleich verbunden sein kann²²¹⁾. Aus der Bestimmung des § 54 lassen sich keinerlei Folgerungen für die Rechtsnatur des Prozeßvergleichs ziehen. Ebenso wie bei § 81 ergibt die Auslegung des § 54 nur eine normative (Rechtssatz-)Begriffsbestimmung, die von der für den ganzen Bereich des Zivilprozesses zu gewinnenden systematischen Definition streng zu unterscheiden ist²²²⁾.

Auch die Bestimmung des § 67 erfordert eine Abgrenzung zwischen PHen und bürgerlichen Rechtsgeschäften. Zu diesen ist der Nebenintervenient nicht befugt²²³⁾. Jedoch kommt es auch hier allein auf den Zweck der Vorschrift an. Es geht nicht an, den Nebenintervenienten nur deshalb zur Erklärung von Anerkenntnis und Verzicht für befugt zu halten, weil diese Erklärungen unter einem für das ganze Prozeßrecht geltenden Gesichtspunkt als PHen anzusehen sind. Eine derartige, unbesehene Anwendung eines systematischen Begriffs, wie sie sich bei *Hellwig*²²⁴⁾ und *Baumbach-Lauterbach*²²⁵⁾ findet, ist verfehlt. Sie führt zu einem dem Zweck der Vorschrift widersprechenden Er-

²¹⁵⁾ § 54, 2.

²¹⁶⁾ 17. Aufl. § 54 II, wobei in den Ausführungen unter III insofern ein Widerspruch enthalten ist, als dort für den Prozeßvergleich der h. L. entgegen der unter II vertretenen Auffassung gefolgt wird. Es kann auch nicht der Ansicht zugestimmt werden, daß Anerkenntnis und Verzicht als bürgerliche Rechtsgeschäfte behandelt werden müßten, nur um eine gleiche Behandlung der drei Parteihandlungen zu erreichen.

²¹⁷⁾ Vgl. u. a. *Nikisch*, § 33 II 2; *Pohle*, JZ 1956, 55; *Seuffert-Walsmann*, § 54, 3; RGZ 133, 259; LArbG Stuttgart AP 1951, Nr. 54.

²¹⁸⁾ RGZ 56, 333 (336); a. A. *Baumbach-Lauterbach* und *Stein-Jonas-Schönke*, aaO.

²¹⁹⁾ Lb. § 49 II 3 b.

²²⁰⁾ S. unten S. 192.

²²¹⁾ Vgl. *Schwarzer*, S. 97, und unten S. 192 ff.

²²²⁾ Das verkennt *Kohler*, ZZP 29, 3, wenn er den Prozeßvergleich, um der Bestimmung des § 54 gerecht zu werden, allgemein als PH bezeichnet.

²²³⁾ *Hellwig*, Lb. 2, S. 499; *Rosenberg*, § 46 IV 1 b a.

²²⁴⁾ *Hellwig*, Lb. 2, S. 504, Syst. I, S. 226.

²²⁵⁾ § 67, 3 B.

gebnis. Dient § 67 auch in erster Linie den eigenen Interessen des Nebenintervenienten am Ausgange des Rechtsstreits²²⁶⁾, so gehen doch die Interessen der Partei vor. Ihnen dürfen die Handlungen des Nebenintervenienten nicht zuwiderlaufen. Das aber geschieht „in abstracto“, wenn der Nebenintervenient ein Anerkenntnis oder einen Verzicht abgibt²²⁷⁾. Es kann daher im Rahmen des § 67 dahingestellt bleiben²²⁸⁾, ob man die beiden Erklärungen sonst als reine PHen²²⁹⁾ oder als PHen mit Doppelnatur²³⁰⁾ ansehen will. Zu ihrer Vornahme ist der Nebenintervenient nicht befugt²³¹⁾. Ebenso verfehlt wäre es, wollte man den Nebenintervenienten für berechtigt halten, mit einer Forderung der Partei aufzurechnen usw.²³²⁾, weil derartige einseitige Gestaltungsgeschäfte, soweit sie im Prozeß vorgenommen werden, PHen — mit Doppelnatur — seien²³³⁾. Umgekehrt kann man die Befugnis des Nebenintervenienten zur Erklärung der Aufrechnung nicht allein mit der Begründung verneinen, die Aufrechnung im Prozeß sei keine PH²³⁴⁾. Mit Recht hält *Nikisch* es für verfehlt, „die Zulässigkeit der Aufrechnung zu bejahen oder zu verneinen, je nachdem, ob man in ihr eine Prozeßhandlung oder eine materiellrechtliche Verfügung über die Forderung sieht“²³⁵⁾. Es kommt vielmehr darauf an, ob sie eine PH im Sinne des § 67 ist. Da der Nebenintervenient in erster Linie seine eigenen Interessen verfolgt, bedeutete es für die Hauptpartei eine erhebliche Gefahr²³⁶⁾, wollte man ihn auch für befugt halten, in die materielle Rechtslage verändernd einzugreifen, mag er im übrigen befugt sein, Einrederechte der Hauptpartei auszuüben²³⁷⁾. Zur Vor-

²²⁶⁾ *Oertmann*, Aufrechnung, S. 53.

²²⁷⁾ *Rosenberg*, § 46 IV 1 c γ.

²²⁸⁾ *Förster-Kann*, § 67 2 c a.

²²⁹⁾ *Rosenberg*, §§ 46 IV 1 b γ, 131 I 6 b.

²³⁰⁾ *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, §§ 67 II 4, 307 I 2.

²³¹⁾ Das gleiche gilt für den Vergleich. In diesem Punkt verneint auch *Hellwig*, Syst. I, S. 226 zu Anm. 10, die Befugnis des Nebenintervenienten; a. A. *Baumbach-Lauterbach*, § 67, 3 B.

²³²⁾ Das wird von der h. L. mit Recht abgelehnt; vgl. *Rosenberg*, aa.O.; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, aa.O.; *Lent*, § 83 IV.

²³³⁾ So *Förster-Kann*, § 67, 2 c dd unter Berufung auf *Hellwig*, Lb. 2, 505; a. A. *Goldschmidt*, S. 470; *Oertmann*, Aufrechnung, S. 52; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 67 II 4.

²³⁴⁾ A. A. *Rosenberg*, Stellvertretung, S. 75.

²³⁵⁾ Festschrift für *Heinrich Lehmann*, 1956, S. 784.

²³⁶⁾ Einen weitgehenden Schutz würde allerdings ein Widerrufsrecht der Hauptpartei gewähren, wie es *Hellwig* bezüglich Anerkenntnis, Verzicht und anderer PHen vorschlägt (vgl. Lb. 2, S. 501, 504). Dies kann nicht ohne weiteres auf die einseitigen Gestaltungsgeschäfte angewandt werden.

²³⁷⁾ Daraus leitet *Nikisch* in seinem Lehrbuch ein Anfechtungs- und Aufrechnungsrecht des Nebenintervenienten her (vgl. § 112 III 2); die entgegengesetzte Auffassung vertritt *Nikisch* jetzt zutreffend in seinem Beitrag zur Festschrift für *Heinrich Lehmann* (S. 785).

nahme der einseitigen Gestaltungsgeschäfte wäre der Nebenintervenient auch dann nicht befugt, wenn man sie unter einem für das ganze Prozeßrecht geltenden Gesichtspunkt als PHen ansehen wollte.

Es wäre daher verfehlt, wollte man aus § 67 irgendwelche Folgerungen für den systematischen PHbegriff ziehen. Es gilt auch für diese Vorschrift, daß der normative PHbegriff aus Gründen der Klarheit nicht weiter gefaßt werden sollte als der systematische Begriff²³⁸⁾. Soweit man den Zustellungsauftrag früher nicht als PH ansah²³⁹⁾, ergab sich ein unlösbarer Widerspruch, denn ohne Zweifel entspricht es dem Zweck des § 67, daß der Nebenintervenient als befugt anzusehen ist, ein zugunsten seiner Partei erlassenes Urteil dem Gegner zuzustellen²⁴⁰⁾. *Hellwig*²⁴¹⁾ bezeichnet es als eine „unfruchtbare, ja gefährliche Spielerei“, dem Zustellungsauftrag den Charakter einer PH abzusprechen, ihn aber gleichwohl dem Nebenintervenienten zu gestatten. Diese Schwierigkeit kann nicht entstehen, wenn man mit der jetzt h. L. das Verhältnis zwischen Gerichtsvollzieher und Auftraggeber als ein öffentlichrechtliches und den „Auftrag“ als einen Antrag ansieht²⁴²⁾.

Wie man diese früher umstrittene Frage auch löst, auf jeden Fall scheint es verfehlt, den Zustellungsauftrag nur deshalb ganz allgemein für das Prozeßrecht als PH zu bezeichnen, weil ein praktisches Bedürfnis die Befugnis des Nebenintervenienten zur Erteilung des Zustellungsauftrags erfordert.

Die bisherigen Ausführungen bestätigen die von der jetzt h. L. vertretene Auffassung, daß sich aus den gesetzlichen Bestimmungen, die den PHbegriff enthalten, keine allgemeingültigen Merkmale für die Begriffsbestimmung entnehmen lassen. Auch für die Abgrenzung der PHen von den Geschäften des bürgerlichen Rechts geben diese Normen keine Anhaltspunkte. Was die einzelnen Gesetzesstellen unter der PH verstehen, ist eine Frage der Auslegung. Lediglich aus Zweckmäßigkeitsgründen wurde gefordert, den normativen Begriff bei den einzelnen Gesetzesstellen nicht weiter zu fassen als den systematischen Begriff. Es muß aber betont werden, daß es methodisch nicht unzulässig ist, den auf Grund der Auslegung gefundenen Begriff für die einzelne Norm weiter zu fassen als den unter ganz anderen Gesichtspunkten aufgestellten systematischen Begriff, wenn nur gleichzeitig klargestellt wird, daß der normative Begriff dem systematischen nicht gleicht und daß die für diesen geltenden Regeln nicht auch unbedingt auf jenen Anwendung finden.

²³⁸⁾ *Hellwig*, Prozeßhandlung, S. 52.

²³⁹⁾ Vgl. *Hellwig*, aaO.

²⁴⁰⁾ *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 67 II 1, III 1.

²⁴¹⁾ Prozeßhandlung, S. 52.

²⁴²⁾ Vgl. u. a. *Rosenberg*, § 26 II 3; zur Frage der Rechtsnatur des Zustellungsauftrags s. unten S. 170 ff.

§ 6. Übersicht über Lehre und Rechtsprechung

Der normative Begriff ist nicht wie der zur Abgrenzung der PH von den Prozeßstatsachen gewonnene Handlungsbegriff als ein Ausschnitt oder eine Seite des systematischen PHbegriffs anzusehen. Maßgebend für den Inhalt des jeweiligen normativen PHbegriffs ist der Zweck der einzelnen Norm, der für den allgemeinen PHbegriff ohne jede Bedeutung ist. Man kann daher nicht, wie *Deinhardt*²⁴³⁾ es will, die Grenzen des PHbereichs dadurch erkennen, daß alle diejenigen Gesetzesstellen vergleichend nebeneinander gestellt werden, die den Ausdruck Prozeßhandlung enthalten. Damit würde der Unterschied zwischen der normativen und der systematischen Begriffsbestimmung verwischt. Eine derartige, von vornherein vorgenommene Begrenzung des PHbereichs bedeutete auch eine willkürliche Vorwegnahme der Begriffsbestimmung. Gerade die hinsichtlich ihres PHcharakters umstrittenen Rechtshandlungen der Parteien kämen, soweit sie wie z. B. der außergerichtliche Klagerücknahmevertrag gesetzlich nicht geregelt sind, schon auf Grund dieser Absteckung des PHbereichs von vornherein als PHen nicht in Frage.

Für unsere weitere Untersuchung können daher diejenigen Definitionen des PHbegriffs, die nicht klar zwischen dem Rechtssatzbegriff und dem systematischen Begriff unterscheiden, nur mit Vorsicht herangezogen werden.

Auch wenn man die PHen als Teile des Verfahrens ansieht, die sich durch ihre *Unselbständigkeit* auszeichnen²⁴⁴⁾, ist es nicht berechtigt, den Kreis der PHen auf die *im* Prozeß vorgenommenen Parteiaktionen zu beschränken²⁴⁵⁾, denn auch *außerhalb* des Prozesses vorgenommene prozessual erhebliche Handlungen können infolge der weiteren Entwicklung des Prozesses schließlich ohne Einfluß auf sein Ergebnis bleiben²⁴⁶⁾. Die Frage, ob die Unselbständigkeit der Rechtswirkung überhaupt ein Kriterium für die Abgrenzung der PHen von den bürgerlichen Rechtsgeschäften darstellt, wird bei den Wirkungen der PHen zu erörtern sein²⁴⁷⁾.

Die bisherigen Darlegungen haben gezeigt, daß eine Bestimmung des PHbegriffs nicht unter der Fragestellung der Rechtsnatur der einseitigen Gestaltungsgeschäfte im Prozeß vorgenommen werden kann. Ob diese Parteiaktionen PHen sind, läßt sich nur unter einem Gesichtspunkt klären, der für das ganze Prozeßrecht zutrifft. Dafür kommen die für die PHen geltenden besonderen Regeln und die Funktionen der PHen in Betracht.

²⁴³⁾ AaO. S. 4; ähnlich *Déus*, S. 80.

²⁴⁴⁾ *Bülow*, Geständnisrecht, S. 78 ff. (84 f.), 157 f.; ZZP 27, 223 Anm. 11.

²⁴⁵⁾ So *Kohler*, ZZP 20, 16 u. 36 ff., ZZP 29, 2; *Schneider*, ZZP 31, 275; *Bunsen*, ZZP 35, 401 f.

²⁴⁶⁾ Vgl. für die prozeßrechtlichen Verträge *Schiedermair*, Prozeßvereinbarungen, S. 96 Anm. 5.

²⁴⁷⁾ S. unten S. 85 f.

3. Begriffsbestimmung zum Zwecke der Unterscheidung der PHen von den Parteihandlungen bürgerlichrechtlicher Natur

Bei der zuletzt erörterten Fragestellung handelt es sich schon nicht mehr um die Abgrenzung der PHen von anderen prozessual erheblichen Vorgängen des Verfahrens, d. h. die Abgrenzung nach *innen*, sondern um die Unterscheidung von solchen Rechtshandlungen der Parteien, die dem materiellen Recht unterliegen. Der Wert einer Begriffsbestimmung unter dieser Fragestellung wurde nicht deshalb verneint, weil eine Unterscheidung von den Rechtshandlungen des bürgerlichen Rechts nicht notwendig sei, sondern weil bei dieser Fragestellung nur ein Rechtssatzbegriff gefunden werden kann. Als das Hauptproblem des PHbegriffs wird mit Recht allgemein²⁴⁸⁾, wenn auch nicht immer ausgesprochen, die Abgrenzung nach *außen* angesehen. Daß bisher eine Einigkeit über diese Abgrenzung nicht erzielt werden konnte, liegt wohl daran, daß nicht immer klar herausgestellt wird, warum eine genaue Bestimmung der Rechtsnatur der einzelnen Parteihandlung erforderlich ist.

Vor einer kritischen Stellungnahme sollen zunächst die verschiedenen Definitionen dargestellt und die Abweichungen in der Aufstellung der Begriffsmerkmale aufgezeigt werden.

Die Abgrenzung nach außen kann aus zwei Gesichtspunkten notwendig erscheinen, nämlich aus der Erkenntnis, daß die PHen gegenüber den Rechtshandlungen des bürgerlichen Rechts weitgehend eigenen Regeln unterliegen und daß die Zulässigkeit einer Parteihandlung nach dem Rechtsgebiet bestimmt wird, dem sie ihrer Natur nach zugehört.

a) Der *Abgrenzung unter dem Gesichtspunkt der für die PHen geltenden besonderen Regeln* wird im allgemeinen große praktische Bedeutung zugemessen. Während die PHen durch das Gesetz nur eine spärliche Normierung erfahren haben, hat die Praxis in einer umfangreichen Rechtsprechung die für die PHen geltenden Regeln entwickelt. Danach unterscheiden sich die PHen von dem bürgerlichrechtlichen Parteiverhalten nicht nur bezüglich der Wirkung, sondern auch weitgehend hinsichtlich der Voraussetzungen. Diese Regeln sind an Parteihandlungen entwickelt worden, deren PHcharakter — wie bei der Klageerhebung — eindeutig feststeht. Das Vorhandensein dieser besonderen Regeln legt es nahe, den Kreis der PHen auf diejenigen Parteihandlungen zu beschränken, die diesen Grundsätzen unterliegen. Damit wird einerseits eine klare Abgrenzung zu dem bürgerlichrechtlichen Parteiverhal-

²⁴⁸⁾ Vgl. Rosenberg, § 59, 1.

§ 6. Übersicht über Lehre und Rechtsprechung

ten getroffen und andererseits die praktische Rechtsanwendung erleichtert. In der grundsätzlich anderen Regelung des prozessualen Parteiverhaltens sieht *Rosenberg*²⁴⁹⁾ die Bedeutung und den Wert des PHbegriffs. Die scharfe Trennung von PH und bürgerlichrechtlichem Parteiverhalten entspricht dem in Praxis und Lehre immer stärker hervortretenden Zug, Prozeßrecht und Privatrecht reinlich voneinander zu sondern.

Der Lehre von der weitgehenden Eigenständigkeit des Prozeßrechts steht als Extrem auf der anderen Seite die Auffassung von *Binder*²⁵⁰⁾ gegenüber, der die Rechtsordnung und die Rechtsschutzordnung als Einheit ansieht. Hierbei kommt der Frage nach der prozessualen oder privatrechtlichen Natur einer Parteierklärung nur eine beschränkte Bedeutung zu²⁵¹⁾. *Neuner* mißt dieser Unterscheidung in seiner Untersuchung über die „Rechtsgeschäfte zur Regelung des Verfahrens“ nur insofern einen praktischen Wert zu, als es sich darum handelt, festzustellen, ob durch eine Parteierklärung „bloß die Art der prozessualen Durchführung eines Rechts betroffen wird oder auch das materielle Recht in seinem Bestand selbst verändert wird“²⁵²⁾. Trotz seiner kritischen Einstellung zu der herkömmlichen Trennung von Privat- und Prozeßrecht muß *Neuner* zugeben, daß die verschiedene Rechtswirkung eine Unterscheidung erforderlich macht.

Zwischen diesen extremen Auffassungen steht die Meinung, daß eine Abgrenzung zwischen PHen und Privatrechtshandlungen vor allem wegen der verschiedenen Rechtswirkungen notwendig sei, daß die Trennung aber nicht so streng durchgeführt werden dürfe, als gebe es überhaupt keine Berührungspunkte zwischen beiden Rechtsgebieten. So warnt *Hellwig* vor einer allzu scharfen Grenzziehung zwischen PH und zivilem Gestaltungsgeschäft²⁵³⁾. Eine Sonderstellung nimmt *Oertmann* ein²⁵⁴⁾, der die „radikale Antithese: hier Prozeßhandlung, hier Privatrechtsgeschäft“ ablehnt und die Frage der Rechtsnatur einer Parteihandlung auf der Grundlage „wieweit Prozeßhandlung und wieweit Privatrechtsgeschäft“ klären will. Damit nähert er sich in der grundsätzlichen Frage, ob eine Grenzziehung zwischen den PHen und den Privatrechtsgeschäften überhaupt einen Wert hat, weitgehend der Auffassung von *Neuner*.

²⁴⁹⁾ Lb. § 59, 1.

²⁵⁰⁾ Prozeß und Recht, Leipzig 1927, S. 104 f.; dagegen *Rosenberg*, § 1 IV 1.

²⁵¹⁾ Ähnlich *Neuner*, S. 106; vgl. dagegen *Wach*, JW 1926, 1515 f.

²⁵²⁾ AaO. S. 107; gegen die Unklarheit dieser Formulierung wendet sich mit Recht *Schiedermair*, Prozeßvereinbarungen, S. 37, Anm. 30.

²⁵³⁾ Prozeßhandlung, S. 72.

²⁵⁴⁾ ZJP 45, 405; ihm folgend *Jürgens*, S. 35; *Schüller* S. 17 ff.

Die hier nur skizzierten Grundauffassungen von dem Wert einer Abgrenzung spiegeln sich in den einzelnen Begriffsbestimmungen wider. Der Streit darum, ob in die Definition als Begriffsmerkmale außer der prozessualen Wirkung auch die Regelung hinsichtlich der Voraussetzungen und der Zweck der Parteihandlung gehören, ist aus dem Meinungsstreit über die prinzipielle Frage des Verhältnisses von Privatrecht und Prozeßrecht heraus zu verstehen. So ist es konsequent, daß *Rosenberg*²⁵⁵⁾, der das Problem der PH in der reinlichen Sonderung von den Privatrechtshandlungen sieht und für ein scharfe Abgrenzung eintritt, zu einer engen Bestimmung des PHbegriffes kommt, da er nur solche Parteihandlungen als PHen gelten lassen kann, die keinerlei Berührungspunkte mit dem materiellen Recht haben.

Die einzelnen Meinungen über den Begriffsinhalt weichen so voneinander ab und unterscheiden sich so vielfältig, daß sie sich nicht immer eindeutig in die verschiedenen Grundauffassungen von dem Verhältnis zwischen Privatrecht und Prozeßrecht einordnen lassen. Um die voneinander abweichenden Ansichten in der Frage, welche Begriffsmerkmale für die Abgrenzung nach außen unter dem Gesichtspunkt der verschiedenen Regelung von PH und Privatrechtsgeschäft in die Definition des PHbegriffes gehören, klar herauszustellen, ist es zweckmäßig, hier die einzelnen Begriffsmerkmale in den Mittelpunkt zu stellen.

Die wohl überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Lehre setzt sich zum Ziel, die Begriffsmerkmale so zu bilden, daß für die PHen möglichst viele gemeinsame prozessuale Regeln Anwendung finden²⁵⁶⁾.

Ausgangspunkt ist hierbei die prozessuale Wirkung²⁵⁷⁾, die den PHen im Gegensatz zu den Rechtsgeschäften des bürgerlichen Rechts zukommt. Das Begriffsmerkmal der prozessualen Wirkung wird jedoch nicht für ausreichend gehalten, da damit keine klare Abgrenzung von den Rechtsgeschäften des bürgerlichen Rechts geschaffen sei, die sich auch bezüglich des Tatbestandes von den PHen unterscheiden, d. h. hinsichtlich der „Gesamtheit derjenigen Erfordernisse, die die Rechtsordnung als den Grund einer Rechtsfolge anerkennt“²⁵⁸⁾, oder — kürzer — hinsichtlich der Voraussetzungen. Stelle man es allein auf die Rechtswirkung der Parteihandlung ab, so umfasse der Begriff Rechtshandlungen, die teils dem bürgerlichen und teils dem Prozeßrecht unterlägen, auch werde der Kreis der PHen so groß, daß der Begriff zur

²⁵⁵⁾ Lb. § 59, 1.

²⁵⁶⁾ Vgl. u. a. *Siegert*, aaO. S. 18 f.; *Niese*, Dissertation, S. 33.

²⁵⁷⁾ Über die Wirkung im einzelnen vgl. unten S. 50 ff.

²⁵⁸⁾ *Enneccerus-Nipperdey*, § 136 I zu N 7.

Inhaltslosigkeit herabsinke. Daher sei als Merkmal außerdem die Normierung durch das Prozeßrecht sowohl hinsichtlich der Wirkungen als auch bezüglich der Voraussetzungen in den Begriff aufzunehmen. PH sei nur ein solches Verhalten der Parteien, das nach *Voraussetzungen und Wirkungen* vom Prozeßrecht geregelt sei.

Diese Begriffsmerkmale sind der Kern, um den herum sich die verschiedensten, erheblich voneinander abweichenden Definitionen bilden.

Rosenberg läßt diese Merkmale zur Abgrenzung des PHbereichs nach außen genügen. Die prozessuale Wirkung der PHen charakterisiert er als Prozeßgestaltung. Nach ihm sind PHen „alle prozeßgestaltenden Betätigungen, d. h. jedes äußere, auf einem bewußten Willen (Handlungswillen) beruhende Verhalten, das in Voraussetzungen und Wirkungen vom Prozeßrecht geregelt ist“²⁵⁹⁾. Diese einengenden Begriffsmerkmale halten auch *Niese*²⁶⁰⁾ und *E. Schmidt*²⁶¹⁾ für notwendig. Nach *Wach*²⁶²⁾ sind PHen die durch die Prozeßordnung normierten, „in das Zivilrechtspflegeverfahren fallenden, von seinem Zweck ergriffenen, ihm dienenden rechtserheblichen Handlungen“. Auch *Seuffert-Walsmann*²⁶³⁾ stellen auf die prozeßrechtliche Regelung hinsichtlich der Voraussetzungen und Wirkungen ab. Ähnlich sind die Ausführungen von *Pollak* zu verstehen, der für die PHen sowohl bezüglich der Voraussetzungen als auch der Wirkungen das Prozeßrecht Anwendung finden läßt²⁶⁴⁾. Seine Definition — „Parteihandlungen sind die von den Parteien ex causa des Prozesses vorgenommenen Handlungen“ — ist allerdings allein auf den Zweck abgestellt²⁶⁵⁾. Mit „prozeßgestaltender Betätigung“ im Sinne der Definition von *Rosenberg* sind offenbar nur Parteihandlungen mit *unmittelbarer* prozessualer Wirkung gemeint²⁶⁶⁾. Das ergibt schon der allgemeine Sprachgebrauch. Von einer gestaltenden Tätigkeit kann man nur dann sprechen, wenn die Handlung geeignet ist, die Gestaltung unmittelbar herbei-

²⁵⁹⁾ Lb. § 59; offenbar zustimmend *Esser*, Festschrift für Heinrich Lehmann, 1956, S. 718 Anm. 21; so vielfach auch die Rspr. vgl. RGZ 160, 242; LG Stuttgart ZZP 68, 180.

²⁶⁰⁾ Dissertation, S. 34: „Prozeßhandlungen sind Handlungen, die auf Grund prozeßrechtlicher Normierung den Gang des Verfahrens gestalten“; vgl. auch Prozeßhandlungen, S. 85.

²⁶¹⁾ Lehrkommentar, S. 96 Nr. 181.

²⁶²⁾ Handbuch I, S. 576 f.

²⁶³⁾ Bem. 3 vor § 128.

²⁶⁴⁾ System des Oesterreichischen Zivilprozeßrechtes mit Einschluß des Exekutionsrechtes, Wien 1903/06, S. 355.

²⁶⁵⁾ AaO. S. 353; dazu unten S. 55.

²⁶⁶⁾ Vgl. *Barz*, Klagezurücknahmeversprechen, S. 4, der für den PHbegriff, ohne ihn näher zu bestimmen, unter Berufung auf *Rosenberg* eine „unmittelbare prozeßgestaltende Wirkung“ verlangt.

zuführen²⁶⁷⁾. Das schließt nicht aus, daß die Gestaltung auch mittelbar zu erreichen ist, nur kann man den mittelbar Handelnden nicht als den Gestalter oder den Gestaltenden bezeichnen. Diese Meinung teilt offenbar auch das RG. Es sieht in einer PH eine Parteihandlung mit unmittelbarer verfahrensrechtlicher Wirkung, die von der Prozeßordnung nach Voraussetzungen und Wirkungen geregelt sein müsse, und bezeichnet die PH als eine das „Verfahren gestaltende“ Tätigkeit²⁶⁸⁾. *Rosenberg* bezog den PHBegriff früher auf diejenigen Parteihandlungen, die nach ihrer „gedachten, in dem Gesetze bestimmten abstrakten Erscheinung unmittelbar das Prozeßverhältnis zu begründen, fortzuentwickeln oder zu beendigen bestimmt“ seien²⁶⁹⁾. Diese Definition unterscheidet sich von der oben angeführten nur dadurch, daß *Rosenberg* jetzt die prozeßrechtliche Normierung hinsichtlich der Voraussetzungen als Begriffsmerkmal aufstellt. Der Sache nach hat sich seine Ansicht über die Parteihandlungen mit prozessualer Wirkung, die in den Voraussetzungen dem bürgerlichen Recht unterliegen, nicht geändert²⁷⁰⁾. Abweichend hiervon sieht *Sauer* in der PH einerseits ein „prozeßgestaltendes Wirken“²⁷¹⁾, hält aber andererseits eine Beschränkung auf die unmittelbare Wirkung für zu eng²⁷²⁾.

Ebenso wie *Sauer* lehnt ein großer Teil der Lehre eine solche Einengung des PHBegriffs ab²⁷³⁾. So lassen u. a. *de Boor*²⁷⁴⁾, *Hellwig*²⁷⁵⁾, *Schönke-Schröder-Niese*²⁷⁶⁾, *Stein*²⁷⁷⁾ und *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*²⁷⁸⁾ bei prozeßrechtlicher Normierung hinsichtlich der Wirkungen und Voraussetzungen

²⁶⁷⁾ Ähnlich *Niese*, Dissertation, S. 35.

²⁶⁸⁾ RGZ 160, 241 (242).

²⁶⁹⁾ Stellvertretung, S. 63. Hierbei beruft sich *Rosenberg* auf die Entscheidung RGZ 56, 334. Diese Entscheidung dient jedoch, worauf das RG selbst in RGZ 77, 329 hinweist, nur der Auslegung des § 54. Die Definition des RG kann daher auch nicht für das ganze Prozeßrecht verwandt werden. Das gleiche gilt für die Definition des KG in Rsp 1, 2.

²⁷⁰⁾ Vgl. Stellvertretung, S. 100 ff.

²⁷¹⁾ Prozeßrechtslehre, § 9 II.

²⁷²⁾ Grundlagen, S. 168 Anm. 3; vgl. hierzu *Niese*, Dissertation, S. 35. Diese Bemerkung fehlt zwar in der „Allgemeinen Prozeßrechtslehre“, die dort aaO. angeführte Definition stimmt jedoch mit der in den Grundlagen, S. 167, wiedergegebenen sachlich überein.

²⁷³⁾ Vgl. *Schiedermair*, Prozeßvereinbarungen, S. 36.

²⁷⁴⁾ § 12 I, 1 und 3.

²⁷⁵⁾ Vgl. Syst. I, S. 423, und Prozeßhandlung, S. 50; *Hellwig* stellt den PHBegriff allerdings in erster Linie auf die prozessuale Wirkung ab; vgl. unten S. 48.

²⁷⁶⁾ *Schönke-Schröder-Niese*, § 31, I.

²⁷⁷⁾ *Stein-Junker*, S. 145.

²⁷⁸⁾ IV 1 a und N 41 vor § 128.

bloß mittelbare prozessuale Wirkungen genügen. Diese Meinung teilte früher auch das RG²⁷⁹⁾.

Vereinzelt wird die Unterscheidung von mittelbarer und unmittelbarer prozessualer Wirkung überhaupt für unbrauchbar gehalten, weil im Einzelfall nicht klar zu erkennen sei, wann die eine und wann die andere vorliege²⁸⁰⁾. *Deinhardt* will darauf abstellen, ob die prozessuale Wirkung bereits mit Erfüllung der tatbestandlichen Voraussetzungen ohne einen Akt prozessualer Geltendmachung eintritt²⁸¹⁾. Daß diese Formulierung dem entspricht, was die h. L. schon immer unter der „unmittelbaren“ prozessualen Wirkung verstanden hat, wird noch zu zeigen sein²⁸²⁾.

Die prozeßrechtliche Normierung nach Tatbestand und Wirkung allein wird vielfach als nicht ausreichend bezeichnet, um die PHen von dem bürgerlichrechtlichen Parteiverhalten abzugrenzen. Das Bedürfnis nach einer Ergänzung dieser Begriffsmerkmale ist offenbar — obwohl es selten ausgesprochen wird — darauf zurückzuführen, daß aus dem Begriffsmerkmal der prozeßrechtlichen Normierung allein nicht zu entnehmen ist, wann im Einzelfall die besonderen prozeßrechtlichen Regeln — vor allem bezüglich der Voraussetzungen — gelten²⁸³⁾.

Ein solches ergänzendes Kriterium wird in der *Beziehung* der Handlung zum Betrieb eines Prozesses gesehen, da eine Handlung, die zum Prozeß gehöre, auch vom Prozeßrecht geregelt sein müsse²⁸⁴⁾. *Siegert*²⁸⁵⁾ und ihm folgend *Wehmeyer*²⁸⁶⁾ schränken den Begriff auf die unmittelbare Beziehung zum Betriebe eines bestimmten Prozesses ein²⁸⁷⁾. *Sauer* stellt auf die Bezie-

²⁷⁹⁾ RGZ 77, 324 (329); auf diese Entscheidung beruft sich neuerdings das OLG Bremen NJW 1956, 1037; a. A. RGZ 160, 242 s. oben zu Anm. 268.

²⁸⁰⁾ *Walter*, S. 5; ihm folgend *Deinhardt*, S. 29 f. Für *Walter*, der, soweit zu übersehen, zuerst auf die Schwierigkeit einer genauen Abgrenzung zwischen unmittelbarer und mittelbarer prozessualer Wirkung hingewiesen hat, ist diese Frage an sich ohne Bedeutung, da es für ihn neben der prozeßrechtlichen Normierung allein auf die Beziehung „zum Betriebe eines Prozesses“ ankommt, er also auch dem Abschluß eines Prorogationsvertrages oder Schiedsvertrages PHcharakter beimißt, vgl. aaO. S. 6.

²⁸¹⁾ AaO. S. 103. Die Definition von *Deinhardt* ist erst in der folgenden Gruppe zu behandeln, da er die prozeßrechtliche Normierung nicht als Begriffsmerkmal verwendet.

²⁸²⁾ S. unten S. 52.

²⁸³⁾ Vgl. *Lent*, § 29 IV; *Pohle*, MDR 1951, 702; *Rümelin*, AcP 131, 248; *Walter*, aaO. S. 4 f.; eingehend zu dieser Frage unten S. 62 f.

²⁸⁴⁾ *Walter*, S. 5.

²⁸⁵⁾ Prozeßhandlungen, S. 22, 24.

²⁸⁶⁾ Die Anfechtung von Prozeßklärungen außerhalb der ordentlichen Rechtsmittel, Dissertation, Köln 1938, S. 15.

²⁸⁷⁾ Ähnlich *Drüll*, S. 7. Gegen die Formulierung von *Siegert* vgl. *Niese*, Prozeßhandlungen, S. 86, und *Deinhardt*, S. 29, 103.

hung zur Prozeßentwicklung ab. Für ihn ist eine Prozeßhandlung „das zu der Prozeßentwicklung in Beziehung stehende, vom Prozeßrecht nach Voraussetzungen und Wirkungen geregelte Willensstreben eines Prozeßsubjekts (Gericht, Partei) gegenüber einem anderen Prozeßsubjekt innerhalb oder zur unmittelbaren Vorbereitung eines Prozesses“²⁸⁸). *Niese* dagegen vertritt den Standpunkt, daß mit der „Beziehung zu der Prozeßentwicklung“ dasselbe gemeint sei, was mit dem Begriffsmerkmal der „Verfahrensgestaltung“ zum Ausdruck gebracht werde, daß diese Bezeichnung aber praktisch brauchbarer sei, weil sie „ein entscheidendes Merkmal mit größerer Deutlichkeit zum Ausdruck“ bringe²⁸⁹). Bekräftigt wird diese Meinung dadurch, daß *Sauer* die PH als „prozeßgestaltendes Wirken“ bezeichnet²⁹⁰). Auch *K. Blomeyer* lehnt das Begriffsmerkmal der „unmittelbaren Beziehung zu dem Betriebe eines Prozesses“ ab, weil es zu unbestimmt sei. Die von *Siegert* aufgestellte Definition ließe offen, in welcher Beziehung die Handlung zum Betriebe eines Prozesses stehen müsse, ob die Beziehung in der Willensrichtung des Handelnden liege oder darin, daß die Handlung im Prozeß vorgenommen werde, oder ob sie etwa dadurch hergestellt werde, daß von der Rechtsordnung an die Handlung Rechtsfolgen für den Prozeß geknüpft seien²⁹¹).

Vereinzelt wird neben der prozeßrechtlichen Normierung auch ein Zweckmoment mit in die Definition aufgenommen²⁹²). Da auch sonst oft auf den Zweck der Handlung abgestellt wird, ist darauf später im Zusammenhang einzugehen.

Die gleiche Auffassung einer strengen Trennung von Prozeßrecht und Privatrecht, wie sie der zuletzt behandelten Definition zugrunde liegt, kommt in der häufig vertretenen Meinung zum Ausdruck, die Bestimmung des PH-begriffs sei zwar allein oder in erster Linie auf die *prozessuale Wirkung* abzustellen, die Voraussetzungen könnten aber nicht von einem anderen Rechtsgebiet geregelt werden als die Wirkungen. So weisen *Hellwig*²⁹³),

²⁸⁸) Prozeßrechtslehre, § 9 II; vgl. auch Grundlagen, S. 167; ähnlich *Fuchsberger*, aaO. S. 13.

²⁸⁹) Dissertation, S. 34. Ähnlich *Walter*, S. 8 Anm. 21, zu der Definition von *Sauer*.

²⁹⁰) Prozeßrechtslehre, § 9 II.

²⁹¹) SächsThArchRpfl 1931, 169.

²⁹²) Vgl. dazu *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, IV 1 a vor § 128.

²⁹³) Prozeßhandlung, S. 45, 49 f.; später stellt *Hellwig* allerdings nicht mehr allein auf die prozessuale Wirkung ab, sondern sieht den Begriffskern in der prozeßrechtlichen Normierung, vgl. Syst. I, S. 423; dort führt er jedoch aus, daß Parteihandlungen mit lediglich prozessualer Wirkung unbedingt PHen seien.

§ 6. Übersicht über Lehre und Rechtsprechung

*Lent*²⁹⁴⁾, *Schiedermair*²⁹⁵⁾ und *Schwarzer*²⁹⁶⁾ die Regelung eines Tatbestandes, dessen Wirkung allein²⁹⁷⁾ oder doch im wesentlichen²⁹⁸⁾ prozessualer Natur ist, dem Prozeßrecht zu. Dies wird damit begründet, „daß materielles wie Prozeßrecht ein Interesse an der Regelung der Voraussetzungen nur dann haben, wenn die Wirkungen im wesentlichen auf ihrem Gebiete liegen oder gar ausschließlich. Es wäre sinnlos, die Regelung der Voraussetzungen einem anderen Gebiet der Rechtsordnung zu übertragen als die Regelung der Wirkungen“²⁹⁹⁾. Prozessuale Wirkung bedeute gleichzeitig „eine Herrschaft des Prozeßrechts über den Tatbestand“³⁰⁰⁾.

Stimmt diese Auffassung auch mit der zuerst angeführten Definition des PHbegriffes in der Grundtendenz, möglichst streng zwischen Privatrecht und Prozeßrecht zu trennen, überein, so besteht zwischen beiden Begriffsbestimmungen doch ein erheblicher praktischer Unterschied. Das zeigt sich an dem Beispiel der Zuständigkeitsvereinbarung. Während *Rosenberg* allen Verträgen mit prozeßrechtlicher Wirkung die PHeigenschaft abspricht und ihren Tatbestand dem bürgerlichen Recht unterstellt³⁰¹⁾, folgert *Lent* aus der prozessualen Wirkung des Prorogationsvertrages, daß er PHcharakter habe und hinsichtlich der Voraussetzungen dem Prozeßrecht unterstehe³⁰²⁾. Ein Unterschied zwischen der von *Lent* und der von *Rosenberg* vertretenen Auffassung ist auch darin zu erblicken, daß *Rosenberg*³⁰³⁾ die Prozeßvereinbarungen hinsichtlich ihrer Regelung nicht einem Rechtsgebiet zuweist, sondern bezüglich der Voraussetzungen die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, bezüglich der Wirkungen und der Zulässigkeit die Regeln des Prozeßrechts anwendet.

Der Auffassung von *Lent* steht eine weniger streng prozessuale gegenüber, die zwar ebenfalls allein oder in erster Linie auf die Rechtswirkung abstellt,

²⁹⁴⁾ § 29 IV.

²⁹⁵⁾ Prozeßvereinbarungen, S. 33, 39, 95; ebenso *Dickhoff*, S. 71; *Knecht*, S. 92, 101.

²⁹⁶⁾ Beiträge zur Lehre vom Prozeßvergleich, Dissertation Erlangen 1953 (Maschenschrift), S. 9.

²⁹⁷⁾ *Hellwig*, Prozeßhandlung, S. 45.

²⁹⁸⁾ *Lent*, aaO.

²⁹⁹⁾ *Lent*, § 29 IV; *Hellwig*, Prozeßhandlung, S. 45 Anm. 8, bezeichnet Rechtsgeschäfte des Privatrechts mit lediglich prozessualer Wirkung als eine *contractio in adjecto*.

³⁰⁰⁾ *Schiedermair*, aaO. S. 39, und *Schwarzer*, S. 9 unter Berufung auf *Lehmann*, Prozeßvergleich, S. 112 f.; ebenso schließt *Hellwig*, aaO. S. 45, von der Wirkung auf die Ausgestaltung des Tatbestandes; vgl. auch *Benkendorff*, S. 31; *Gradhandt*, S. 44 (für den Prorogationsvertrag).

³⁰¹⁾ Lb. §§ 36 I 1, 59, 2 a.

³⁰²⁾ AaO.

³⁰³⁾ Lb. § 59, 2 a.

jedoch aus der prozessualen Wirkung nicht generell den Schluß zieht, daß die Regelung der Voraussetzungen dem Prozeßrecht unterliege. *Lehmann*, auf den sich *Schiedermair* und *Schwarzer* für ihre Meinung berufen³⁰⁴), weist am Anfang seiner Untersuchung über den Prozeßvergleich darauf hin, daß die materiellrechtliche oder prozessuale Wirkung eines Rechtsaktes noch keine Gewißheit darüber gebe, daß auch sein Tatbestand materiellrechtlich oder prozessual auszugestalten sei³⁰⁵). *Oertmann*³⁰⁶) folgt der von *Bunsen*³⁰⁷) vertretenen Auffassung, daß nicht jeder lediglich prozessual wirkende Rechtsakt auch einen prozeßrechtlich geregelten Entstehungstatbestand aufweisen müsse. Er hält es für möglich, daß ein Rechtsakt ausschließlich der Herrschaft des bürgerlichen Rechts untersteht, während sich Inhalt und Wirkungen ausschließlich nach Prozeßrecht bestimmen³⁰⁸). Allerdings lehnt er auch eine klare Entscheidung darüber, ob es sich dabei um eine PH oder ein Privatrechtsgeschäft handelt, ab. Wie schon erwähnt, sieht er den Wert einer Untersuchung über die Rechtsnatur der von ihm behandelten Parteihandlung des vorgängigen Rechtsmittelverzichts in der Feststellung, wieweit eine PH und wieweit ein Privatrechtsgeschäft vorliege³⁰⁹). Dem ähnelt die Auffassung von *Neuner*, der es nicht für prinzipiell ausgeschlossen hält, daß auf ein Rechtsgeschäft nebeneinander Vorschriften materieller und formeller Natur Anwendung finden³¹⁰). Zwischen der Auffassung von *Oertmann* und *Neuner* einerseits und der von *Lent* andererseits steht die von *Pohle* vertretene Meinung, daß für die Bestimmung des PHbegriffs von den Wirkungen auszugehen sei, daß aber das Prozeßrecht, welches über den Eintritt prozessualer Wirkungen schon begriffsmäßig stets entscheide, „seinerseits den Eintritt prozessualer Wirkungen von einer Bewertung nach Vorschriften anderer Rechtsgebiete, z. B. nach denen des materiellen Rechts, abhängig machen“ könne³¹¹).

Allen diesen Auffassungen ist gemeinsam, daß sie die Rechtswirkung als das entscheidende Kriterium für die Bestimmung der Rechtsnatur einer Partei-

³⁰⁴) S. oben Anm. 300.

³⁰⁵) Prozeßvergleich, S. 13 f.

³⁰⁶) ZJP 45, 405; ihm folgend *Sachse*, ZJP 54, 417.

³⁰⁷) ZJP 35, 401 ff.

³⁰⁸) AaO S. 406, 414.

³⁰⁹) AaO. S. 405; s. dazu oben S. 43.

³¹⁰) AaO. S. 107. Dagegen folgert *Neuner* — im inneren Widerspruch hierzu — bei der Behandlung des Anerkenntnisses aus der prozessualen Wirkung dieser Parteihandlung, daß hinsichtlich der Voraussetzungen die für PHen geltenden Regeln anzuwenden seien; AaO. S. 138.

³¹¹) MDR 1951, 702.

handlung ansehen³¹²⁾. Dabei ist das Verhältnis von Tatbestand (Voraussetzungen) und Rechtswirkung als ein solches von Grund und Folge anzusehen³¹³⁾. Die Rechtswirkung knüpft an den Tatbestand an. Sie wird von demjenigen, der durch seine Handlung den betr. Tatbestand erfüllt, nicht aus *eigener* Kraft hervorgebracht, sondern sie ist auf das Gebot der Rechtsordnung zurückzuführen, die an die betr. Handlung bestimmte Rechtsfolgen knüpft. Für das Prozeßrecht gilt in dieser Frage nichts anderes als für das Privatrecht³¹⁴⁾. Auch in den Fällen, in denen die Rechtsfolge nur eintritt, wenn sie gewollt ist, ist das Gebot der Rechtsordnung der Grund für den Eintritt der Rechtsfolge. Der Erfolgswille ist in diesen Fällen Teil des Tatbestandes und als solcher für den Eintritt der Rechtsfolge mitbestimmend³¹⁵⁾.

Unter der prozessualen Wirkung wird im allgemeinen die „Verfahrensgestaltung“³¹⁶⁾ oder die Gestaltung der „prozessualen Lage“³¹⁷⁾ verstanden. Die Formulierungen, was unter der Gestaltung des Verfahrens zu verstehen sei, sind mannigfaltig. Sachlich besteht Einigkeit darüber, daß hierzu jedenfalls die Einleitung, Durchführung und Beendigung des Rechtsstreites gehören³¹⁸⁾. Darüber hinaus versteht *Goldschmidt* unter der Gestaltung der „prozessualen Rechtslage“ die Begründung, Veränderung oder Vernichtung prozessualer Aussichten, Möglichkeiten, Lasten oder Befreiungen von Lasten³¹⁹⁾.

Soweit zur Bestimmung der Rechtsnatur einer Parteihandlung auf die Wirkung abgestellt wird, läßt man regelmäßig nur die *typischen* Rechtswirkungen gelten³²⁰⁾. Die Wirkungen müssen ausschließlich oder doch im wesentlichen

³¹²⁾ Auch *Kisch*, Gött. gel. Anz. 1901, 211, ZJP 34, 393, und *Goldschmidt*, DJZ 1930, 709, stellen in erster Linie auf die prozessuale Wirkung ab. Zu der Begriffsbestimmung von *Goldschmidt* s. unten S. 71 f.

³¹³⁾ *Enneccerus-Nipperdey*, § 136 I; *Lehmann*, Allgemeiner Teil, § 20 I.

³¹⁴⁾ Vgl. *Bötticher*, Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß, Berlin 1930, S. 7; *Krusch*, Vergleich, S. 10, 11, 21; *Niese*, Dissertation, S. 32; *v. Tuhr*, II § 50 (S. 161), § 51 (S. 178), vgl. auch II § 43 (S. 4).

³¹⁵⁾ Vgl. *Enneccerus-Nipperdey*, § 137 IV 1.

³¹⁶⁾ Vgl. u. a. *Rosenberg*, § 59; *Sauer*, Prozeßrechtslehre, § 9 II; *Niese*, Dissertation, S. 33.

³¹⁷⁾ *E. Schmidt*, Lehrkommentar, S. 96 Nr. 182, der an die Stelle des von *Goldschmidt* verwandten Begriffs der „Rechtslage“ den Begriff der „prozessualen Lage“ setzt, vgl. aaO. Nr. 46 ff. (S. 42 f.).

³¹⁸⁾ Vgl. u. a. *Nikisch*, § 54 I 1; *Baumbach-Lauterbach*, Gr. 5 A vor § 128, die die Vorbereitung der Einleitung ausschließen; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, IV 1 a vor § 128, die die „Gestaltung von Prozeßvoraussetzungen“ einschließen.

³¹⁹⁾ Der Prozeß als Rechtslage, S. 363 f.; ebenso *Schiedermair*, Prozeßvereinbarungen, S. 167 (allerdings ohne zu dem PHbegriff endgültig Stellung zu nehmen); *Dickhoff*, S. 69; *Bohn*, S. 64.

³²⁰⁾ *Hellwig*, Prozeßhandlung, S. 79 Anm. 1; *Lent*, § 29 IV.

auf prozessualen Gebiet liegen³²¹). Prozessuale Nebenwirkungen scheiden danach aus. Solche liegen dann vor, wenn das Gesetz an einen Rechtsakt Folgen knüpft, ohne daß diese den Rechtsakt charakterisieren, — wie z. B. die prozessualen Folgen des § 266 bei der Veräußerung des Grundstücks oder die Herbeiführung der Zuständigkeit des § 29 bei Vereinbarungen über den Erfüllungsort³²²). Diese Rechtsakte scheiden schon aus diesem Grunde aus dem PHbereich aus.

Vereinzelte findet sich auch hier eine Einschränkung auf die unmittelbare Wirkung³²³), so vor allem bei *Walsmann*³²⁴) und *Lempp*³²⁵), während *Lehmann*³²⁶) diese Frage offen läßt. Unter unmittelbarer Wirkung wird im allgemeinen³²⁷) nichts anderes verstanden als der Eintritt der Wirkung bei Vorliegen aller Tatbestandsmerkmale, ohne daß es noch eines besonderen Aktes der Geltendmachung bedarf. Daher stellt auch *Deinhardt* der Sache nach allein auf die unmittelbare Wirkung ab, obwohl er den Gegensatz unmittelbare — mittelbare Wirkung für unbrauchbar hält³²⁸).

Einigkeit besteht darüber, daß es nicht auf die effektive Wirkung, sondern nur auf diejenige Rechtsfolge ankommen kann, die eintreten würde oder deren Eintritt aus besonderen Umständen unterbliebe³²⁹), wenn oder obwohl alle Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen³³⁰). Dies entspricht der Erkenntnis der Philosophie, daß man aus dem tatsächlichen Erfolg nicht auf das Wesen schließen kann³³¹). Sachlich das gleiche bedeutet es, wenn *Hellwig*³³²) und

³²¹) *Lent*, aaO.

³²²) *Schiedermair*, aaO. S. 36 f.

³²³) Gegen diese Einengung des Begriffs vgl. außer den oben S. 46 Angeführten *Schiedermair*, aaO. S. 36, 167, und *Werner*, Grünh 41, 346.

³²⁴) AcP 102, 22. Später hat *Walsmann* diese Einengung abgelehnt, vgl. ZZP 43, 140.

³²⁵) Prozessuale Rechtsgeschäfte, Dissertation Erlangen 1940, S. 9.

³²⁶) Prozeßvergleich, S. 114.

³²⁷) So ist auch *Goldschmidt*, S. 258, zu verstehen.

³²⁸) AaO. S. 29 f.; s. dazu oben S. 47 und unten S. 69. Die von *Deinhardt* aufgestellte Definition lautet: „Prozeßhandlungen sind alle rechtlich erheblichen Handlungen der Parteien, die ohne notwendige Beziehung zu einem bestimmten Prozeßverfahren innerhalb der vom Prozeßrecht gezogenen Grenzen geeignet sind, ein solches Verfahren in Gang zu bringen, fortzuentwickeln oder zu beenden, und die ihre prozessuale Wirkung nicht erst durch einen Akt prozessualer Geltendmachung, sondern gleichzeitig mit der Erfüllung ihrer tatbestandlichen Voraussetzungen äußern.“ (AaO. S. 103).

³²⁹) Vgl. *Rosenberg*, Die Beweislast, 4. Aufl., München, Berlin 1956, S. 133.

³³⁰) *Sauer*, Grundlagen, S. 168; *Schiedermair*, Prozeßvereinbarungen, S. 34; *Siegcrt*, Prozeßhandlungen, S. 22.

³³¹) Vgl. *Sauer*, ArchRPhil 19, 279; *Hegler*, GerS 93, 448 Anm. 5.

³³²) Prozeßhandlung, S. 50.

§ 6. Übersicht über Lehre und Rechtsprechung

*Walsmann*³³³⁾ davon sprechen, daß die Handlung nur ihrer Art nach oder abstrakt geeignet sein müsse, den prozessualen Erfolg herbeizuführen³³⁴⁾.

Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, ob der PH eine von dem Bestand des Verfahrens unabhängige, selbständige Rechtswirkung zukommt. *Bülow*³³⁵⁾ und ihm folgend die h. L.³³⁶⁾ verneinen dies, weil die Wirksamkeit sämtlicher PHen bis zum Urteil in der Schwebe bleibe und weil es von dem weiteren Verlauf des Prozesses abhängt, „ob eine Parteihandlung die ihr von der Prozeßrechtsordnung in abstracto zugedachte Wirkungskraft wirklich zu entfalten“ vermöge³³⁷⁾. *Goldschmidt* mißt der Erkenntnis, daß die prozessualen Rechtsbeziehungen „unfertig“ und damit bloße Rechtslagen seien, entscheidenden Wert für eine prozessuale Rechtsbetrachtungsweise bei³³⁸⁾.

Dem hält *Kisch* entgegen, daß die Ansicht von der „Unselbständigkeit“ der PH nur zuträfe, wenn man auf das Ganze der Prozeßführung sehe und vor allem den Einfluß der PHen auf das materielle Recht in Betracht ziehe, daß aber sämtliche Parteiakte schon innerhalb des Prozesses und vor dem Urteil die mannigfachsten Wirkungen äußerten³³⁹⁾. Ebenso lehnen es *R. Schmidt*³⁴⁰⁾ und *Nußbaum*³⁴¹⁾ unter Hinweis auf die durch eine PH häufig entstehende „unverrückbare Situation“ ab, den PHen die Fähigkeit zu selbständiger Wirkung zu versagen. *V. Hippel*³⁴²⁾ beruft sich darauf, daß auch bei einem Wegfall des Prozesses ohne Sachurteil einmal entstandene Wirkungen der Klageerhebung im materiellen Rechtsbereich bestehen bleiben können, wie das Beispiel der Unterbrechung der Verjährung gem. §§ 211, 212 BGB zeige.

³³³⁾ AaO. S. 21 f.

³³⁴⁾ Das räumt auch *Siegert* ein, obwohl er gegen diese Formulierung einwendet, sie erwecke den Anschein, daß die Eignung zum Erfolge zum Begriff gehöre; aaO. S. 22 Anm. 5.

³³⁵⁾ Geständnisrecht, S. 78, 84 f.; vgl. auch ZJP 27, 223 Anm. 11.

³³⁶⁾ *De Boor*, § 12 I 1; *Bunsen*, ZJP 35, 402; *Goldschmidt*, S. 254 f., 265; *Hellwig*, Prozeßhandlung, S. 56 f., 78 f., der aber die prozeßbeendenden Parteihandlungen ausdrücklich hiervon ausnimmt, vgl. auch Klagrecht und Klagsmöglichkeit, Leipzig 1905, S. 80, Syst. I, S. 427; *Niese*, Prozeßhandlungen, S. 41, 45 f., 58, 61 und dort Anm. 11; *E. Schmidt*, Lehrkommentar, Nr. 48 (S. 42); *Siegert*, aaO. S. 101; *Stein*, ZJP 41, 420, 426; *Walsmann*, aaO. S. 57 f.

³³⁷⁾ *Bülow*, aaO. S. 79.

³³⁸⁾ AaO. S. 265.

³³⁹⁾ Gött. gel. Anz. 1901, 223 f.; auch *Stein* weist darauf hin, daß man einen doppelten Erfolg der Parteihandlung unterscheiden müsse, „den nächsten, die Schaffung der innerprozessualen Situation“, der immer eintrete, und „den entfernen, die Beeinflussung des schließlichen Urteils“, der vielleicht eintrete, aber auch ausbleiben könne; ZJP 41, 421.

³⁴⁰⁾ S. 361.

³⁴¹⁾ Prozeßhandlungen, S. 67.

³⁴²⁾ ZJP 65, 426 f., gegen die Ansicht von *Niese* (s. oben Anm. 336).

Bülow scheint in der „Unselbständigkeit“ der Rechtswirkung einer PH den charakteristischen Unterschied zwischen den prozessualen Parteihandlungen und den privatrechtlichen Rechtsgeschäften zu sehen³⁴³). *Schiedermaier* dagegen mißt dieser Streitfrage für seine Untersuchung über die Rechtsnatur der Prozeßvereinbarungen keine Bedeutung bei, da durch die „Unselbständigkeit“ der Rechtswirkung den Prozeßvereinbarungen nicht „ihr Charakter als Verträge des Prozeßrechts“ genommen werde³⁴⁴).

Ebenso wie bei den hier behandelten Definitionen steht auch bei *Goldschmidt* die prozessuale Wirkung — die Gestaltung der prozessualen Rechtslage³⁴⁵) — im Mittelpunkt der Begriffsbestimmung. Jedoch sieht *Goldschmidt* die Bedeutung des PHbegriffs nicht so sehr in der Frage der Abgrenzung von den privatrechtlichen Rechtsgeschäften wegen der verschiedenen rechtlichen Regelung als vielmehr in der Frage, welche Stellung den PHen innerhalb der dynamischen Entwicklung des Verfahrens zukommt. Dies erklärt auch das Gewicht, das er der Unterscheidung zwischen Erwirkungs- und Bewirkungshandlungen beilegt. Da *Goldschmidt* bei seiner Definition von einer anderen Fragestellung ausgeht, ist seine Begriffsbestimmung gesondert darzustellen³⁴⁶).

Die hier wiedergegebenen Begriffsbestimmungen, die in erster Linie entweder auf die prozeßrechtliche Normierung nach Wirkungen und Voraussetzungen oder allein auf die prozessuale Wirkung abstellen, werden ebenso wie die der Auslegung der einzelnen Gesetzesnormen dienenden Definitionen³⁴⁷) häufig durch ein *Zweckmoment* ergänzt. Daneben finden sich vereinzelt auch reine Zweckdefinitionen.

Die Verwendung eines Zweckmoments als unterscheidendes Kriterium wird von einem Teil der Lehre abgelehnt³⁴⁸), weil der „Zweck“ etwas außerhalb der PH Liegendes sei³⁴⁹), die Definition der PH feststelle, was eine PH sei,

³⁴³) Vgl. dazu *Goldschmidt*, S. 133.

³⁴⁴) Prozeßvereinbarungen, S. 96 Anm. 5.

³⁴⁵) AaO. S. 363 f.

³⁴⁶) S. unten S. 71 f.

³⁴⁷) S. oben S. 35 ff.

³⁴⁸) *Klein*, Die schuldhafteste Parteihandlung, S. 1; *Krusch*, Vergleich, S. 86 Anm. 275a; *Niese*, Dissertation, S. 27; *Rosenberg*, Stellvertretung, S. 61 f.; *Sauer*, Grundlagen, S. 167, Prozeßrechtslehre, § 9 II 1 b, wobei er aber eine „Beziehung zum Prozeßzweck“ für notwendig hält; *Siegert*, aaO. S. 22; *Wehmeyer*, S. 15, ohne nähere Begründung.

³⁴⁹) *Klein*, aaO.

§ 6. Übersicht über Lehre und Rechtsprechung

der Zweck aber, was sie wolle³⁵⁰⁾, und weil auch eine zweckwidrige Partei-handlung PH sein könne³⁵¹⁾.

Demgegenüber meint *Walsmann*, daß an sich von dem Inhalt einer Partei-handlung auszugehen sei, daß man aber, da der Inhalt der einzelnen Partei-handlungen zu verschieden und kein typischer sei, den Zweck als das Moment, welches dem Inhalt erst die spezifische Bedeutung gebe, heranziehen müsse³⁵²⁾.

Bei den reinen Zweckdefinitionen ist es fraglich, ob sie überhaupt dazu bestimmt sind, der Abgrenzung von den bürgerlichrechtlichen Rechtsgeschäften zu dienen. Wie die Definitionen von *Petzold* und *Weismann* gezeigt haben, wird mit ihnen vielfach eine Auslegung der einzelnen Gesetzesnormen (§§ 54, 67, 81) erstrebt³⁵³⁾. Ein für das ganze Prozeßrecht bestimmter systematischer PHbegriff, der allein oder in erster Linie auf den „Zweck“ abstellt, findet sich bei *Kleinfeller*³⁵⁴⁾, *Pollak*³⁵⁵⁾ und *R. Schmidt*³⁵⁶⁾. Diese Begriffsbestimmungen dienen nicht dazu, die PHen von den bürgerlichen Rechtsgeschäften abzugrenzen. Während die Definition von *Pollak* ganz allgemein gehalten ist, sollen die übrigen offensichtlich die Bedeutung der PHen für das Verfahren klarstellen. Damit ist nicht gesagt, daß die Genannten der Frage nach der Abgrenzung von den bürgerlichen Rechtsgeschäften keine Bedeutung beimessen. So führt *Pollak*³⁵⁷⁾ aus, daß Zweck und Natur der Prozeß- und Privatrechtshandlungen völlig verschieden seien und daß für die Voraussetzungen und Wirkungen der PHen nur das Prozeßrecht maßgebend sei. In seiner Definition kommt dies jedoch nicht zum Ausdruck.

Auf die Begriffsbestimmungen, die die Bedeutung der PHen für das Ver-

³⁵⁰⁾ *Siebert*, aaO.

³⁵¹⁾ *Sauer*, Grundlagen, S. 169; vgl. dazu auch *Rosenberg*, Stellvertretung, S. 61.

³⁵²⁾ AcP 102, 15.

³⁵³⁾ Das gleiche gilt für die Definitionen, die „Zweck“ und „Vornahme im Prozeß“ als die entscheidenden Begriffsmerkmale anführen; vgl. dazu oben S. 35.

³⁵⁴⁾ Lb. S. 175: „Die Prozeßhandlung ist Verwirklichung eines Willens, der unmittelbar auf Beginn, Betrieb, Leitung, Beendigung des Prozesses gerichtet ist oder eine vor Gericht vorzunehmende Verfügung über den Prozeßstoff zum Ziele hat.“ *Kleinfeller* lehnt es jedoch ab, als PHen nur diejenigen Partei-handlungen zu bezeichnen, die dem „Zwecke des Prozesses“ dienen oder „dem Prozeßzweck“ zu dienen geeignet oder bestimmt sind.

³⁵⁵⁾ System des österreichischen Zivilprozeßrechtes mit Einschluß des Exekutionsrechtes, I S. 353: „Partei-handlungen sind die von den Parteien ex causa des Prozesses vorgenommenen Handlungen.“

³⁵⁶⁾ Lb. S. 330: Partei-handlungen sind nur dann PHen, „wenn sie dem Zweck dienen, die Wirkungen des Prozesses unmittelbar oder mittelbar zu befördern, und wenn sie offiziell zu diesem Zweck, d. h. in erkennbarer Beziehung auf den Prozeßgrad gegenüber einem anderen Prozeßbeteiligten vorgenommen werden.“

³⁵⁷⁾ AaO. S. 354 f.

fahren in den Mittelpunkt stellen, wird noch einzugehen sein³⁵⁸). Hierhin gehört vor allem die Definition von *Goldschmidt*.

Wenn man von dem „Zweck“ der PH spricht, so hat man zwischen dem subjektiven Zweck, den die einzelne Partei mit der Vornahme der Handlung verfolgt, und dem „abstrakten Gesetzeszweck“ zu unterscheiden, d. h. der Bestimmung, die der PH ihrer „gedachten, in dem Gesetze bestimmten, abstrakten Erscheinung“ nach zukommt³⁵⁹). Die Argumente, die gegen die Einbeziehung eines Zweckmoments in die Begriffsbestimmung vorgebracht werden, beziehen sich im allgemeinen auf den „subjektiven Zweck“. So weist *Bülow*³⁶⁰) darauf hin, daß bei den PHen nicht nach den außerhalb ihrer rein prozessualen Bestimmung und Wirksamkeit liegenden Motiven und Zwecken gefragt werden dürfe.

Nur scheinbar stellt es *Walsmann* auf den subjektiven Zweck ab, wenn er von dem „Zweck, den das handelnde Prozeßsubjekt im Auge hat“, spricht³⁶¹). Seine folgenden Ausführungen, wonach die zu einem bestimmten Zweck vorgenommene Handlung nur dann eine PH sei, „wenn sie nach dem obwaltenden Recht geeignet“ sei, „diesen Zweck herbeizuführen“³⁶²), und seine Begriffsbestimmung, wonach PH jede Handlung ist, „die unmittelbar auf den Betrieb eines Zivilprozeßverfahrens gerichtet ist und diesem Zwecke nach geltendem Prozeßrecht unmittelbar zu dienen vermag“³⁶³), lassen erkennen, daß auch er auf den „abstrakten Gesetzeszweck“ als ergänzendes Begriffsmerkmal abstellt³⁶⁴). Gegen diese Zweckdefinition wendet *Siegert*³⁶⁵) ein, daß *Walsmann* nur sagen wollte, PH sei die prozeßrechtlich geregelte Handlung, und *Niese* hält das zusätzliche Begriffsmerkmal des Zwecks für überflüssig, weil es auch nichts anderes besage, als daß die Handlung nur dann PH sei, wenn sie vom Gesetz mit einer verfahrensgestaltenden Rechtsfolge verknüpft werde; denn Tatsache und Art rechtlicher Normierung beruhen auf dem Gesetzeszweck³⁶⁶).

Ebenfalls im Gegensatz zu dem von dem Handelnden im konkreten Fall verfolgten subjektiven Zweck wird vielfach als Begriffsmerkmal eine Be-

³⁵⁸) S. unten S. 71 f.

³⁵⁹) *Rosenberg*, Stellvertretung, S. 63; vgl. auch *Niese*, Dissertation, S. 14.

³⁶⁰) *Geständnisrecht*, S. 87; ähnlich *Kohler*, *Der Prozeß als Rechtsverhältnis*, Mannheim 1888, S. 94 f.

³⁶¹) AcP 102, 14.

³⁶²) AaO. S. 15.

³⁶³) AaO. S. 22.

³⁶⁴) Das gilt im übrigen auch für die früher von *Rosenberg* (Stellvertretung, S. 63) aufgestellte Definition (s. dazu oben S. 46).

³⁶⁵) *Prozeßhandlungen*, S. 22 Anm. 5.

³⁶⁶) *Dissertation*, S. 32.

ziehung der Handlung zu dem Ziel des Prozesses, der Herbeiführung eines Urteils („Urteilszweck“) ³⁶⁷⁾, oder zu der Aufgabe des Zivilprozesses, der Verwirklichung des Rechts („Prozeßzweck“) ³⁶⁸⁾, gefordert. So sieht *Bülow* ³⁶⁹⁾ das Wirkungsobjekt der PHen in der richterlichen Urteilstätigkeit, und *Friedrichs* ³⁷⁰⁾ versteht unter PHen „alle Handlungen, durch welche die Entscheidung über den Hauptgegenstand des Streites vorbereitet, verhindert oder in einem gewissen Sinne beeinflußt werden soll“. *Wach* stellt neben der prozeßrechtlichen Normierung auf den Zweck des „Zivilrechtspflegeverfahrens“ ab ³⁷¹⁾.

Gegen die Verwendung des „Urteilszweckes“ wird eingewandt, daß dann die Klagezurücknahme keine PH sein könne, da sie nicht auf ein Urteil abziele ³⁷²⁾. *Bülow* ³⁷³⁾ und *Goldschmidt* ³⁷⁴⁾ sind dagegen der Meinung, daß auch die Klagezurücknahme auf das Urteil ausgerichtet sei, weil sie die Abwendung des Urteils bezwecke.

Gegen die Verwendung des „Prozeßzwecks“ als Ausgangspunkt für eine dogmatische Untersuchung wendet sich besonders *v. Hippel* ³⁷⁵⁾, da dieser Begriff zu unbestimmt und inhaltslos sei. Den Zweck des Prozesses, die Bewährung des objektiven Rechts, in die Begriffsbestimmung aufzunehmen, wird häufig auch deshalb abgelehnt, weil ohne Zweifel auch lügenhafte und prozeßverschleppende Parteihandlungen PHen seien ³⁷⁶⁾. *Rosenberg* ³⁷⁷⁾ meint, man könne diesem Einwand durch die Formulierung entgegen, „daß diejenigen Handlungen Prozeßhandlungen seien, die *ihrer Idee nach*, nach der *objektiven*, im Gesetze zum Ausdruck gekommenen Bedeutung dem Prozeßzwecke zu dienen *geeignet oder bestimmt sind*, ohne Rücksicht darauf, ob sie

³⁶⁷⁾ *Bülow*, Geständnisrecht, S. 75 und dort Anm. 2; *Goldschmidt*, S. 134; RGZ 56, 333 (334/335); weitere Nachweise bei *Rosenberg*, Stellvertretung, S. 61 Anm. 1.

³⁶⁸⁾ Vgl. die Nachweise bei *Rosenberg*, aaO. Anm. 2, vgl. auch *Grabner*, Gruch 61, 67; *Sauer*, Prozeßrechtslehre, § 9 II 1 b, der jedoch der Sache nach nur eine Beziehung zur „Prozeßentwicklung“ fordert.

³⁶⁹⁾ AaO. S. 75.

³⁷⁰⁾ ZZP 50, 82.

³⁷¹⁾ Handbuch I, S. 576 f.

³⁷²⁾ *Rosenberg*, Stellvertretung, S. 61; *Walsmann*, AcP 102, 15 f.; gegen die Ausrichtung allein auf das Urteil auch *Kisch*, ZZP 34, 393.

³⁷³⁾ AaO. S. 75 Anm. 2.

³⁷⁴⁾ AaO. S. 289 Anm. 1494.

³⁷⁵⁾ Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozeß, vielfach, besonders S. 171 Anm. 13, vgl. auch ZZP 65, 432.

³⁷⁶⁾ Vgl. u. a. *Hellwig*, Prozeßhandlung, S. 51; *Walsmann*, aaO. S. 16; *Goldschmidt*, S. 124 zu Anm. 690 a, b, leugnet überhaupt den PHcharakter einer „Verschleppungshandlung“.

³⁷⁷⁾ Stellvertretung, S. 61 f.

im Einzelfalle auch wirklich den Prozeß fördern oder auch nur zu seiner Förderung gewollt sind“, daß aber diese Formulierung praktisch nicht brauchbar sei, weil dann auch die Erteilung der Prozeßvollmacht als PH zu bezeichnen sei.

Im Gegensatz zu den auf den „Urteilszweck“ oder den „Prozeßzweck“ ausgerichteten Begriffsbestimmungen wird vielfach nur gefordert, daß die PH als Teil des Verfahrens der „Prozeßentwicklung“, d. h. der Begründung, Fortführung und Beendigung des Rechtsstreits dient³⁷⁸⁾.

Nach *Siegert*³⁷⁹⁾ muß die Parteihandlung außerdem innerhalb oder zur Vorbereitung eines bestimmten Prozesses vorgenommen sein, also in *Beziehung zu einem bestimmten Prozeß* stehen. Auch *Sauer*³⁸⁰⁾ fordert, daß die PH „während oder zu unmittelbarer Vorbereitung des Prozesses“ erfolgt. *Wehmeyer*³⁸¹⁾ will den PHbereich sogar auf diejenigen Parteihandlungen beschränken, die in „Beziehung zu einem konkret bestehenden Prozeß“ stehen.

*Niese*³⁸²⁾ wendet gegen *Siegert* ein, daß durch seine Definition „keine eindeutige Entscheidung möglich wäre; denn danach müßte man Prorogation und Schiedsvertrag als zivile Rechtsgeschäfte behandeln, wenn sie mit einem Kaufvertrag von vornherein vereinbart würden, dagegen als PHen, wenn sie erst später zustande kämen in bezug auf einen unmittelbar bevorstehenden Rechtsstreit . . .“. *Deinhardt*³⁸³⁾ lehnt diese, den Begriff einengenden, zusätzlichen Begriffsmerkmale ab, weil sich aus § 78 Abs. 2 ergebe, daß das Prozeßrecht den PHbegriff nicht auf die Vornahme im Prozeß beschränke, und weil die Möglichkeit, im Beweissicherungsverfahren PHen vorzunehmen, beweise, daß die Handlung nicht in Beziehung zu einem *bestimmten* Prozeß stehen müsse.

Gegenüber den bisher dargestellten Definitionen wird vereinzelt der „Tatbestand“ als das entscheidende Begriffsmerkmal angesehen³⁸⁴⁾. *Krusch*³⁸⁵⁾ und *Liermann*³⁸⁶⁾ gehen davon aus, daß Tatbestand und Wirkung einer Handlung streng voneinander zu trennen seien und verschiedenen Rechtsgebieten an-

³⁷⁸⁾ So mit unterschiedlichen Formulierungen *Baumbach-Lauterbach*, Gr. 5 A vor § 128; *de Boor*, § 12 I 2 u. 3; *Hellwig*, Prozeßhandlung, S. 50; Lb. 2, S. 321; *Lent*, § 29 I und IV; *Nikisch*, § 54 I 1; *Sauer*, Grundlagen, S. 168 f.; *Schönke-Schröder-Niese*, § 31 I; *Stein*, Enz. S. 972; *Walsmann*, AcP 102, 15 f.; RGZ 77, 329.

³⁷⁹⁾ Prozeßhandlungen, S. 21 ff.

³⁸⁰⁾ Prozeßrechtslehre, § 9 II 2.

³⁸¹⁾ AaO. S. 14.

³⁸²⁾ Prozeßhandlungen, S. 86.

³⁸³⁾ AaO. S. 23 ff., 103.

³⁸⁴⁾ *Lange*, ZZP 53, 347; *Krusch*, Vergleich, S. 87; ihm folgend *Liermann*, S. 9 ff.

³⁸⁵⁾ AaO. S. 15.

³⁸⁶⁾ AaO. S. 11.

gehören könnten. Das gleiche gelte für den Inhalt eines Rechtsgeschäfts einerseits und die Art und Weise seines Zustandekommens andererseits³⁸⁷). Maßgebend für die Rechtsnatur einer Parteihandlung sei nur die *Art und Weise ihres Zustandekommens*³⁸⁸). *Krusch* folgert dies aus den für den Staatsakt im formellen Sinne geltenden Grundsätzen. Eine Abgrenzung der Rechtshandlungen nach materiellen Gesichtspunkten müsse de lege lata zur Verwirrung führen, da es Parteihandlungen gebe, die aus Zweckmäßigkeitsgründen zur Herstellung anderer Inhalte verwendet würden als die, für die sie ursprünglich geschaffen worden³⁸⁹) seien. PH sei „demnach jeder Akt, der äußerlich nach den Vorschriften der Prozeßgesetze zustandekommt, mag er den Inhalt haben, den er wolle“³⁹⁰). Die praktische Bedeutung dieser Definition wird deutlich an dem Beispiel des Prorogationsvertrages. *Krusch* mißt dem Vertrag nur dann PHcharakter bei, wenn er vor Gericht³⁹¹), nicht dagegen, wenn er außerhalb des Verfahrens³⁹²) abgeschlossen wird.

Auch *Krusch* sieht offenbar den Wert des PHbegriffs in der Abgrenzung von dem bürgerlichrechtlichen Parteiverhalten. Da er aber der verschiedenen Rechtswirkung keinen Wert beimißt, kann für ihn nur die verschiedene Regelung hinsichtlich der Voraussetzungen von Bedeutung sein³⁹³).

Ähnlich wie *Krusch* stellt *Wieczorek* offenbar allein darauf ab, ob die Erklärung der Partei innerhalb oder außerhalb des Prozesses abgegeben worden ist, wobei er den Beginn des Prozeßverhältnisses maßgebend sein läßt³⁹⁴). Nach seiner Auffassung wird eine außerprozessuale Willenserklärung auch dadurch nicht zu einer prozessualen, „daß sie prozessuale Zwecke verfolgt oder prozessuale Willenserklärungen auslöst“³⁹⁵). Unter Prozeßhandlung versteht er „die prozessuale Willenserklärung, im Gegensatz zur außerprozessualen. Durch ihre Richtung an alle (im Gegensatz zu den am Rechtsverhältnis Beteiligten), die Konzentrierung auf das Verfahren (die Aufmerksamkeit, welche sie bei ihrer Abgabe erfordert), die Begrenzung auf den Prozeß ist sie nach den Normen des Verfahrensrechts anders zu behandeln als die (gewöhnliche) außerprozessuale Willenserklärung“. Daß *Wieczorek* das rein

³⁸⁷) *Liermann*, S. 16.

³⁸⁸) Ähnlich *Hoffmann*, S. 62 f.

³⁸⁹) AaO. S. 79, 85 ff.

³⁹⁰) AaO. S. 87.

³⁹¹) AaO. S. 85.

³⁹²) AaO. S. 87.

³⁹³) Vgl. aaO. S. 90 Anm. 283, und seine Ausführungen über die den „Inhalt“ und die „Art und Weise des Zustandekommens“ betreffenden Voraussetzungen, aaO. S. 102.

³⁹⁴) AaO. § 38 B IV b.

³⁹⁵) AaO. § 38 B II d.

äußere Kriterium der Vornahme innerhalb des Prozesses als entscheidend für die Abgrenzung von PH und bürgerlichrechtlicher Handlung ansieht, zeigt sich am Beispiel des Prorogationsvertrags. Ebenso wie *Krusch* nimmt er an, daß der außerhalb des Prozeßverhältnisses abgeschlossene Prorogationsvertrag ein außerprozessualer sei und als solcher den für außerprozessuale Willenserklärungen geltenden Regeln unterliege, während er dem innerhalb des Prozesses abgeschlossenen Vertrag PHcharakter zumißt und auf ihn die für PHen geltenden Regeln anwendet³⁹⁶).

In gleicher Weise stellt *Lange*³⁹⁷) auf den „äußeren Errichtungstatbestand“ ab. Dies ist jedoch aus dem Zweck seiner Untersuchung zu erklären. Er glaubt, nur auf diesem Wege eine prozessuale Willensmängel lehre entwickeln zu können, da die Willensmängel lediglich den Tatbestand der PH beeinflussen. Eine derartige ad hoc aufgestellte Begriffsbestimmung hat für unsere Untersuchung auszuscheiden.

Von den hier behandelten Definitionen sind diejenigen zu unterscheiden, die zum Zwecke der Auslegung des PHbegriffes in den §§ 54, 67, 81 auf die „Vornahme im Prozeß“ abstellen³⁹⁸). Dieses Merkmal deckt sich zwar im wesentlichen mit dem des „prozessualen Errichtungstatbestandes“, jedoch stehen jene Begriffsbestimmungen unter einer anderen Fragestellung.

Von der prozessualen „Art und Weise des Zustandekommens“ eines Rechtsaktes ist, wie *Krusch*³⁹⁹) mit Recht hervorhebt, die vom Gesetz vorgeschriebene Form — z. B. die Aufnahme in das Protokoll — zu unterscheiden. Auf die Form kann es nicht ankommen, da für den Gesetzgeber bei der Normierung eines Formerfordernisses Überlegungen entscheidend sind, die mit der Rechtsnatur der betreffenden Rechtshandlung nichts zu tun haben⁴⁰⁰). Wenn gelegentlich als entscheidend für den PHcharakter einer Partei handlung der „Vollzug in prozessualen Formen“ bezeichnet wird⁴⁰¹), so ist damit offensichtlich die prozessuale „Art und Weise des Zustandekommens“ gemeint.

Gegen die von *Krusch* und *Liermann* aufgestellte Begriffsbestimmung wendet *Schwarzer*⁴⁰²) ein, mit ihr würde die Ermittlung der Rechtsnatur überhaupt wertlos, weil immer offen bliebe, welchem Rechtsgebiet Inhalt und Wirkungen des betreffenden Rechtsgeschäfts zu entnehmen seien. *Schieder-*

³⁹⁶) AaO. § 38 B IV c; dagegen mit Recht *Schwab*, NJW 1956, 1671.

³⁹⁷) ZZZ 53, 247.

³⁹⁸) S. oben S. 35.

³⁹⁹) AaO. S. 105 ff.

⁴⁰⁰) Vgl. auch *Walsmann*, AcP 102, 11 f.

⁴⁰¹) *Francke*, ZZZ 13, 223.

⁴⁰²) AaO. S. 12.

*mair*⁴⁰³⁾ erkennt zwar den Wert der Antithese von Tatbestand und Rechtsfolge an, kommt aber in der Frage der Rechtsnatur der Prozeßvereinbarungen zu dem Ergebnis, daß der *Tatbestand* der Vereinbarungen, wenn man von ihren Wirkungen absehe, hinsichtlich ihrer Rechtsnatur ebenso „neutral und farblos“ sei wie ihre „Vertragseigenschaft als solche“, weil, wenn man von Inhalt und Rechtswirkung der Verträge völlig absehe, nichts weiter übrig bleibe „als die Tatsache einer erklärten Willensübereinstimmung gegenwärtiger oder künftiger Prozeßparteien“.

b) Es mag so scheinen, als ob neben dem Gesichtspunkt der Abgrenzung der PHen von dem bürgerlichrechtlichen Parteiverhalten wegen ihrer besonderen Regelung auch die Frage nach der *Zulässigkeit* einer Parteihandlung für die Begriffsbestimmung von Bedeutung ist, wenn man davon ausgeht, daß sich die Zulässigkeit einer Handlung nach dem Rechtsgebiet bestimmt, dem sie zugehört. So wenigstens könnte *Hellwig*⁴⁰⁴⁾ verstanden werden, wenn er ausführt, es sei ein innerer Widerspruch, wenn man Vereinbarungen, denen lediglich prozessuale Wirkungen zukommen, als zivilrechtliche bezeichne und ihre Zulässigkeit nach BGB beurteile. *Sachse*⁴⁰⁵⁾ sieht als entscheidend für die Rechtsnatur einer Prozeßvereinbarung nicht die besondere Regelung bezüglich der Voraussetzungen, sondern die Frage an, welchem Rechtsgebiet die Zulässigkeit der Vereinbarung zu entnehmen ist.

Das Problem der Zulässigkeit einer Parteihandlung spielt vor allem bei den Prozeßvereinbarungen eine Rolle, da die Parteien das Verfahren nicht willkürlich abweichend von den prozeßrechtlichen Bestimmungen gestalten dürfen. Trotz der großen praktischen Bedeutung, die der Frage der Zulässigkeit zukommt, wird die Bestimmung des PHbegriffs von niemandem unter dieser Fragestellung vorgenommen. Bei näherem Hinsehen zeigt sich, daß es sich hierbei nicht um eine gesonderte Fragestellung handelt, denn in Wahrheit ist es nicht die Zugehörigkeit einer Parteihandlung zu einem bestimmten Rechtsgebiet, sondern ihre — erstrebte — Wirkung⁴⁰⁶⁾, die darüber entscheidet, nach welchem Recht die Zulässigkeit festzustellen ist⁴⁰⁷⁾. Schon be-

⁴⁰³⁾ Prozeßvereinbarungen, S. 33.

⁴⁰⁴⁾ Syst. I, S. 423 Anm. 4.

⁴⁰⁵⁾ ZZP 54, 417.

⁴⁰⁶⁾ Vgl. RGZ 160, 242.

⁴⁰⁷⁾ Sieht man grundsätzlich die Wirkung und nicht die Rechtsnatur einer Handlung als ausschlaggebend für die Frage ihrer Zulässigkeit an, so ist es kein innerer Widerspruch, wenn *Rosenberg* (§ 59, 2 a) die Verträge mit prozeßrechtlicher Wirkung zwar dem bürgerlichen Recht zuweist, die Regelung der Wirkung und die Entscheidung über die Zulässigkeit solcher Geschäfte aber dem Prozeßrecht überläßt. Eine andere Frage freilich ist es, ob diesen Vereinbarungen wegen ihrer prozessualen Wirkung nicht PHcharakter zukommt.

griffsmäßig kann eine prozessuale Wirkung nur vom Prozeßrecht angeordnet werden⁴⁰⁸). Dieses bestimmt daher, soweit prozessuale Wirkungen eintreten sollen, begriffsnotwendig auch über die Frage der Zulässigkeit. Das Problem der Zulässigkeit einer Parteihandlung ist nichts anderes als ein solches der Zulässigkeit der Wirkungen. Zulässigkeit und Wirkung stehen in „einer gewissen Wechselbeziehung“⁴⁰⁹).

Wegen dieses Zusammenhanges ist die Frage nach der Zulässigkeit — jedenfalls für sich allein — als Ausgangspunkt für die Bestimmung des PHbegriffes nicht geeignet. Eine hierauf ausgerichtete Definition würde nicht anders lauten, als wenn man von der Wirkung ausginge.

c) Für die *Abgrenzung der PH nach außen* kommt daher als entscheidende Fragestellung nur die *Unterscheidung von dem bürgerlichrechtlichen Parteiverhalten wegen ihrer verschiedenen Regelung* in Betracht.

Hierzu bedarf es der Klärung, ob mit der h. L. davon auszugehen ist, daß die PHen nicht nur hinsichtlich der Wirkungen, sondern auch bezüglich der Voraussetzungen dem Prozeßrecht unterliegen.

Sieht man in der eigenständigen Regelung der PHen gerade den Wert des PHbegriffs, so müßte eine Begriffsbestimmung angeben, welche Kriterien für die Anwendung der besonderen Regeln des Prozeßrechts ausschlaggebend sind. Aus dem Gesetz selbst ergibt sich nur — wenigstens in der Regel —, wann prozessuale Wirkungen eintreten; es finden sich aber keine gesetzlichen Normen darüber, wann im Einzelfall die besonderen, zumeist von der Rechtsprechung entwickelten Regeln bezüglich der Voraussetzungen zur Anwendung kommen. Dies müßte an Hand der Begriffsbestimmung feststellbar sein. Eine solche Definition würde die Rechtsanwendung in den Fällen, in denen der PHcharakter umstritten ist, wesentlich erleichtern. Daß die PHen „in Voraussetzungen und Wirkungen vom Prozeßrecht geregelt“ sind, wie es in der Definition der h. L. heißt, stellt nur einen — allerdings bedeutsamen — Hinweis für den Richter dar, welche Punkte er zu prüfen hat. Darüber, nach welchen Kriterien der Richter diese Prüfung vorzunehmen hat, besagt die

⁴⁰⁸) Pohle, MDR 1951, 702.

⁴⁰⁹) Schiederemair, Prozeßvereinbarungen, S. 45, 74. Nichts anderes meinen wohl auch Hellwig und Sachse. Hellwig (Syst. I, S. 423) stellt in erster Linie auf die prozessuale Wirkung ab. Parteihandlungen mit ausschließlich prozessualer Wirkung haben für ihn „unbedingt“ prozessualen Charakter. Es ist daher nur folgerichtig, wenn er die Frage der Zulässigkeit ausschließlich prozessual wirkender Vereinbarungen nach Prozeßrecht beurteilt. Und bei Sachse, aaO., ergibt sich der Zusammenhang von „Zulässigkeit“ und „Wirkung“ aus seinem Hinweis auf Weismann (I, S. 426) in dieser Frage, wo es heißt, daß für die prozessuale Wirksamkeit eines Aktes nur das Prozeßrecht maßgebend sei.

§ 6. Übersicht über Lehre und Rechtsprechung

Definition nichts⁴¹⁰). Es wäre ein *Circulus vitiosus*, wollte man als PHen diejenigen Handlungen bezeichnen, die allein nach Prozeßrecht beurteilt werden, und dann folgern, daß demnach für sie Prozeßrecht gelte⁴¹¹). Diese Folgerung zieht die h. L. selbstverständlich nicht. Die dargestellte Definition enthält aber als Begriffsinhalt nichts anderes als die Fragestellung, unter der der Begriff aufgestellt ist. Für den praktischen Einzelfall gibt sie auf die Frage, die dem Begriff nach dieser Ansicht doch erst die Bedeutung verleiht, keine Antwort⁴¹²). Methodisch ist es allerdings zulässig, einen Rechtsbegriff so aufzustellen, daß er lediglich die Fragestellung enthält. Bei einer auf die praktische Rechtsanwendung ausgerichteten Definition hat dies aber nur dann einen Wert, wenn sich die Antwort aus dem positiven Recht ergibt.

Eine andere Frage ist es, ob es bei der Vielgestaltigkeit der PHen überhaupt möglich ist, Kriterien zu finden, mit denen im Einzelfall festgestellt werden kann, welche Regeln bezüglich der Voraussetzungen anzuwenden sind. Dies zu versuchen, hat auch dann einen praktischen Wert, wenn man den allgemeinen PHbegriff weiter fassen müßte. Diejenigen Handlungen, die nach Voraussetzungen und Wirkungen allein dem Prozeßrecht unterliegen, könnten in diesem Falle zu einer Gruppe innerhalb des PHbereiches zusammengefaßt werden.

Es ist der h. L. ohne Zweifel darin zuzustimmen, daß die Parteihandlungen, deren PHcharakter unstreitig feststeht, nach Voraussetzungen und Wirkungen vom Prozeßrecht geregelt sind⁴¹³). Aus dieser empirischen Erkenntnis kann jedoch nicht ohne weiteres die Folgerung gezogen werden, daß PHen *nur* solche Handlungen seien, denen die gleiche Eigenschaft zukomme. Es wäre, wie schon erwähnt, methodisch verfehlt, bei der Begriffsbestimmung von einer derartigen vorgefaßten Meinung auszugehen, die notwendig zu einem engen PHbegriff führen muß.

Gegen die Wahl dieses Ausgangspunktes sind nicht nur methodische Bedenken anzumelden, es erscheint auch zweifelhaft, ob in der Frage der PHen

⁴¹⁰) Vgl. *Lent*, § 29 IV.

⁴¹¹) Vgl. dazu *Pohle*, MDR 1951, 702.

⁴¹²) Vgl. dazu *Lent*, § 29 IV; *Rümelin*, AcP 131, 248, und *Walter*, S. 4, der aber im Ergebnis dann doch in erster Linie auf die prozeßrechtliche Normierung in den Voraussetzungen und Wirkungen abstellt; vgl. S. 7 f.; vgl. auch *Barz*, Klagezurücknahmeversprechen, S. 4.

⁴¹³) *Lent*, § 29 IV.

so streng zwischen Prozeßrecht und Privatrecht getrennt werden kann⁴¹⁴), wie es in der Begriffsbestimmung zum Ausdruck kommt.

Es ist der herrschenden Lehre⁴¹⁵) zwar grundsätzlich darin zustimmen, daß Zivilprozeßrecht und Zivilrecht verschiedenen Betrachtungsweisen unterliegen. Dabei ist aber zu berücksichtigen, daß Prozeß und materielles Recht „in der innigsten Verbindung“ stehen⁴¹⁶), den der Prozeß dient der Bewährung des objektiven Rechts⁴¹⁷). Damit soll nicht die Meinung von *Binder* geteilt werden, daß Privatrechtsordnung und Rechtsschutzordnung „dasselbe Ding“ seien, „nur von verschiedenen Gesichtspunkten betrachtet“⁴¹⁸). Privatrecht und Prozeßrecht können aber nicht als feststehende Kategorien angesehen werden, zwischen denen es keine Übergänge und Zusammenhänge gäbe. Das Gegenteil zeigen schon die zahlreichen umstrittenen Grenzfragen zwischen beiden Rechtsgebieten⁴¹⁹). Auch greift das Prozeßrecht in vielen Bestimmungen auf das Zivilrecht zurück⁴²⁰). Aus dem Ineinandergreifen von beiden Rechtsgebieten erklärt sich der häufige Streit um die Zuteilung eines Rechtsinstituts zu dem einen oder dem anderen Gebiet, ein Streit, der häufig unfruchtbar sein mag. Soweit aber die Rechtsanwendung wie bei der Parteihandlung eine Zuteilung erfordert, muß eine Grenzlinie zwischen Privatrecht und Prozeßrecht gezogen werden. Dafür braucht nicht von einer absoluten Trennung beider Rechtsgebiete ausgegangen zu werden. Maßgebend für die Grenzziehung, die — ohne daß man in einen methodischen Fehler verfele — bei einem anderen Rechtsinstitut wie z. B. der Beweislastfrage unter einem anderen Gesichtspunkt anders vorgenommen werden könnte, sind in erster Linie Zweckmäßigkeitserwägungen⁴²¹).

⁴¹⁴) In Frankreich und Italien ist diese Trennung nicht so ausgeprägt wie in Deutschland, Österreich und der Schweiz; vgl. *Niederländer*, *RabelsZ* 1955, 8 mit Nachweisen; vgl. auch die eingehende Untersuchung von *Neuner*, Privatrecht und Prozeßrecht.

⁴¹⁵) Vgl. für viele *Lent*, § 2 VI.

⁴¹⁶) *Nikisch*, § 2 I, vgl. auch *Lent*, aaO.; zur Gegenmeinung vgl. *Grabner*, *ZZP* 48, 540.

⁴¹⁷) *Esser* betrachtet „die dienende Stellung des Prozesses gegenüber dem materiellen Recht“ überhaupt als die „sachliche Grundfrage“ im Streit um die Prozeßhandlung (*Festschrift für Heinrich Lehmann*, 1956, S. 713).

⁴¹⁸) *Prozeß und Recht*, Leipzig 1927, S. 104 f. Mit Recht weist *Rosenberg* (§ 1 IV 1) darauf hin, daß *Binder* die Verschiedenheiten der Denkweisen in beiden Rechtsgebieten nicht genügend würdigt.

⁴¹⁹) *Rümelin*, *AcP* 126, 124 f.

⁴²⁰) Vgl. *Hellwig*, *Prozeßhandlung*, S. 46; *Pohle*, *Revista de Derecho Privado* 1954, Nr. 442, S. 10.

⁴²¹) *Rümelin*, aaO.

§ 6. Übersicht über Lehre und Rechtsprechung

Mit diesen kurzen Ausführungen kann das schwierige und viel behandelte Problem des Verhältnisses von Privatrecht und Prozeßrecht allerdings nicht abgetan werden. Eine eingehende Stellungnahme ginge über den Rahmen des Themas hinaus. Dafür soll die im folgenden durchgeführte Einzeluntersuchung über die Anwendbarkeit zivilrechtlicher Bestimmungen im Prozeßrecht einen Beitrag zur Klärung dieser grundsätzlichen Frage bringen.

Die Ablehnung einer zu weitgehenden Trennung von Privatrecht und Prozeßrecht bedeutet nicht, daß die Entwicklung der Zivilprozeßrechtslehre zurückgeschraubt und ein zivilistisches Denken in den Prozeß hineingetragen werden soll. Als fruchtbares Ergebnis dieser Entwicklung muß die selbständige prozessuale Denk- und Betrachtungsweise anerkannt werden. Die Kritik richtet sich lediglich gegen eine Isolierung des Prozeßrechts vom Zivilrecht. Zu leicht könnte auf diese Weise die prozessuale Betrachtungsweise im „luftleeren Raum landen“⁴²²⁾. Daher ist das Streben nicht von vornherein darauf zu richten, Privatrecht und Prozeßrecht voneinander reinlich zu sondern. Es entspricht besser dem Verhältnis der beiden Rechtsordnungen zueinander, wenn man versucht, „die richtige Verbindung zu finden“⁴²³⁾.

Diese Überlegungen gelten auch für die hier behandelte Begriffsbestimmung. Zweifellos spielte bei ihrer Aufstellung das praktische Bedürfnis eine Rolle, diejenigen Parteihandlungen zusammenzufassen, die in *jeder* Hinsicht eigenen Regeln unterliegen. Es wurde schon gezeigt, daß damit praktisch nichts gewonnen ist, da die Definition für die umstrittenen Einzelfragen keine Aufklärung gibt. Es spricht nichts dafür, daß in der Frage der PH begriffsnotwendig eine strenge Trennung zwischen Prozeßrecht und Privatrecht erforderlich ist. Vielmehr besteht durchaus die Möglichkeit, daß das Prozeßrecht auch hier auf das Zivilrecht zurückgreift, indem es den Eintritt prozessualer Wirkungen von einer Bewertung nach Vorschriften des materiellen Rechts abhängig macht⁴²⁴⁾. Das gilt vor allem, wie noch zu zeigen sein wird⁴²⁵⁾, für die Prozeßverträge. Ist der Vertragsbegriff auch nicht auf das Privatrecht beschränkt⁴²⁶⁾, so greift das Prozeßrecht bei den Prozeßverträgen bezüglich der Ausgestaltung des Tatbestandes doch auf das bürgerliche Recht

⁴²²⁾ Niese, Prozeßhandlungen, S. 30.

⁴²³⁾ De Boor, Gerichtsschutz und Rechtssystem, Leipzig 1941, S. 51; vgl. auch Degenkolb, Beiträge zum Zivilprozeß, Leipzig 1905, S. 157.

⁴²⁴⁾ Poble, MDR 1951, 702.

⁴²⁵⁾ S. unten S. 191 f., 278 f.

⁴²⁶⁾ Vgl. Schiedermaier, Prozeßvereinbarungen, S. 30 f., mit Nachweisen Anm. 17.

zurück⁴²⁷⁾. Damit soll nicht gesagt sein, daß sich aus der Verwendung prozeßrechtsfremder Begriffe die Notwendigkeit ergebe, diese Begriffe auch für das Prozeßrecht nach den in ihrem Heimatrecht entwickelten Grundsätzen auszulegen. Daran, daß der Untersuchung methodisch der Gedanke des Relationscharakters der Begriffe zugrundeliegt, wird deutlich, daß ein derartiger Versuch, für die PHen die zivilistische Denkmethode in das Prozeßrecht wieder einzuführen, nicht unternommen werden soll. Der Ausgangspunkt für die Auslegung dieser prozeßrechtsfremden Begriffe bleibt immer das Prozeßrecht. Dieses bestimmt über die für die Auslegung maßgebenden Grundsätze. Es soll hier nur die *Möglichkeit* hervorgehoben werden, daß das Prozeßrecht selbst den Eintritt prozessualer Wirkungen von einer Beurteilung des Tatbestandes nach bürgerlichrechtlichen Grundsätzen abhängig macht, ohne daß damit die betreffende Parteihandlung gleichzeitig beiden Rechtsgebieten, nämlich bezüglich des Tatbestandes dem Privatrecht und bezüglich der Wirkung dem Prozeßrecht zugewiesen wird⁴²⁸⁾. Ob eine solche Annahme berechtigt ist, kann nur eine teleologisch-funktionelle Betrachtung der umstrittenen Grenzfälle zeigen.

Es wäre daher methodisch verfehlt, davon auszugehen, daß PHen nur solche Handlungen seien, die in *jeder* Hinsicht dem Prozeßrecht unterliegen. Dies käme einer vorweggenommenen Begriffsbestimmung gleich. Es ist vielmehr von den *Wirkungen*⁴²⁹⁾ der PHen auszugehen und für die Parteihandlungen, deren PHcharakter umstritten ist, an Hand näher darzulegender Kriterien zu klären, ob sie hinsichtlich der Voraussetzungen dem bürgerlichen Recht oder dem Zivilprozeßrecht unterliegen. Würde sich dabei ergeben, daß *alle* Handlungen mit prozessualer Wirkung auch in den Voraussetzungen prozessual geregelt sind, so bedürfte es des besonderen Merkmals der „prozeßrechtlichen Normierung hinsichtlich der Voraussetzungen“ nicht, da sich die prozessuale Regelung bezüglich der Voraussetzungen dann schon aus der prozessualen Wirkung ergäbe. Daß ein solches Ergebnis kaum zu erwarten ist, zeigt ein Blick in die Literatur zu den umstrittenen Grenzfällen. Als die

⁴²⁷⁾ Grundsätzlich anderer Ansicht *Schiedermair*, aaO. S. 136 ff. (dazu unten S. 185). Mit der hier vertretenen Auffassung wird nicht die Meinung von *Oertmann*, ZJP 45, 403 ff., geteilt, daß die Prozeßverträge der *Wirkung* nach prozeßrechtlicher und dem *Tatbestand* nach bürgerlichrechtlicher Natur seien (dagegen mit Recht *Schiedermair*, aaO. S. 32 f.). Wie noch zu zeigen sein wird, verliert eine Parteihandlung mit typisch prozessualer Wirkung dadurch, daß das Prozeßrecht bezüglich der Ausgestaltung des Tatbestandes auf das bürgerliche Recht zurückgreift, nicht seine prozessuale Rechtsnatur.

⁴²⁸⁾ A. A. *Oertmann*, ZJP 45, 403.

⁴²⁹⁾ Vgl. *Pohle*, aaO. S. 702.

andere Möglichkeit bleibt das Ergebnis, daß es Parteihandlungen gibt, die prozessuale Wirkungen hervorrufen, ohne hinsichtlich der Voraussetzungen dem Prozeßrecht zu unterliegen. Erst wenn die prozessual wirkenden Handlungen, die im vollen Umfange vom Prozeßrecht geregelt sind, von denen abgegrenzt sind, die im Tatbestand der Bewertung des bürgerlichen Rechts unterliegen, kann entschieden werden, ob der PHBegriff aus Gründen der praktischen Rechtsanwendung auf die ersteren zu beschränken ist. Entscheidend dafür wird sein, ob das praktische Bedürfnis nach einer Zusammenfassung dieser Gruppe so im Vordergrund steht, daß die — ebenfalls der praktischen Rechtsanwendung dienende — Frage nach der besonderen Wirkung und die damit zusammenhängende nach der Zulässigkeit sowie die der Rechtserkenntnis dienende Frage nach den Funktionen der PHen, auf die noch einzugehen sein wird, zurücktreten müssen. Unter welcher Fragestellung der Begriff schließlich zu bestimmen ist, kann erst am Schluß der Untersuchung entschieden werden.

Man wird aber schon an diesem Punkt der Untersuchung feststellen können, daß es für die Bestimmung der Rechtsnatur einer Parteihandlung nicht allein auf den *Tatbestand* ankommen kann, wie *Krusch*⁴³⁰⁾ — allerdings im Zusammenhang mit der speziellen Frage nach der Rechtsnatur des Vergleichs zur Abwendung des Konkurses — und *Liermann*⁴³¹⁾ — in einer Untersuchung über den Prozeßvergleich — annehmen. Dies käme darauf hinaus, daß die Begriffsbestimmung der Abgrenzung von dem bürgerlichrechtlichen Parteiverhalten lediglich unter dem Aspekt der verschiedenen Regelung bezüglich der Voraussetzungen diene. Damit bliebe, wie *Schwarzer*⁴³²⁾ richtig hervorhebt, immer offen, welchem Rechtsgebiet Inhalt und Wirkungen zu entnehmen sind.

Auch die strenge Unterscheidung zwischen „Inhalt“ und „Art und Weise des Zustandekommens“ einer PH⁴³³⁾ vermag für das Prozeßrecht nicht zu überzeugen. Die für den öffentlichrechtlichen Rechtsakt im formellen Sinne entwickelten Grundsätze können nicht ohne weiteres übernommen werden. Ebenso wie die Abgrenzung zwischen formellem und materiellem Prozeßrecht äußerst schwierig, wenn nicht überhaupt unmöglich ist, wäre es im Einzelfall nicht leicht, zu entscheiden, welcher Teil des Tatbestandes den Inhalt und welcher die Art und Weise des Zustandekommens beträfe. Abgesehen von dieser Schwierigkeit wird man auch dem Gegensatz von Form und

⁴³⁰⁾ AaO. S. 87.

⁴³¹⁾ AaO. S. 9 ff.

⁴³²⁾ AaO. S. 12.

⁴³³⁾ Vgl. *Krusch*, aaO. S. 87.

Inhalt im Prozeßrecht nicht eine solche Bedeutung beimessen können⁴³⁴), daß darauf der Begriff der PH aufgebaut werden könnte. Daß es bedenklich ist, von dem „Inhalt“ für die Bestimmung des PHbegriffes ganz abzusehen, wird sich noch bei der Frage erweisen, ob die prozessuale Wirkung der „Geltendmachung“ auf das Geltendmachen selbst, d. h. die Form, oder auf das Geltendgemachte, also den Inhalt, zurückzuführen ist⁴³⁵).

Es wurde schon dargelegt, daß zur Klärung des PHbegriffes von der *Wirkung* ausgegangen werden soll. Das Begriffsmerkmal der „prozessualen Wirkung“ schließt das der „prozeßrechtlichen Normierung“ hinsichtlich der Wirkung ein, da prozessuale Wirkungen nur vom Prozeßrecht bestimmt werden können⁴³⁶), wobei es nicht darauf ankommt, in welchem Gesetz die Norm steht, welche die prozessuale Rechtsfolge anordnet⁴³⁷).

Dieser Ausgangspunkt ist aus methodischen Gründen geboten, weil nicht von dem Postulat einer absolut strengen Trennung von Privatrecht und Prozeßrecht ausgegangen werden kann. Daher kann der Ansicht, daß die ausschließlich prozessuale Wirkung einer Parteihandlung eine „Herrschaft des Prozeßrechts über den Tatbestand“ bedeute⁴³⁸), nicht ohne weiteres zugestimmt werden. Eine derartige Schlußfolgerung ohne Prüfung der umstrittenen Einzelfälle ist ebensowenig gerechtfertigt wie die umgekehrte, daß bürgerlichrechtlichen Verträgen über die gesetzliche Regelung hinaus schlechthin verfahrensrechtliche Folgen abzusprechen seien⁴³⁹). Es liegt, wie schon erörtert, durchaus im Bereich der Möglichkeit, daß das Prozeßrecht ebenso wie in anderem Zusammenhange auch in der Frage der PHen auf das bürgerliche Recht zurückgreift. Nur eine Einzeluntersuchung der PHen, vor allem derjenigen, deren PHcharakter umstritten ist, vermag den Kreis der PHen abzustecken.

Entscheidend für die Beurteilung der Wirkungen sind nicht, wie schon gezeigt wurde⁴⁴⁰), die effektiven Wirkungen, sondern diejenigen, die bei Vorliegen aller Voraussetzungen eintreten würden.

Prozessuale Wirkung kommt vielfach auch einem seinem Wesen nach rein bürgerlichrechtlichen Parteiverhalten zu, wie die Vereinbarung des Erfül-

⁴³⁴) *R. Bruns*, AcP 151, 187 führt in anderem Zusammenhang aus, daß die Kategorien „Form“ und „Inhalt“ sich „gerade im Prozeßrecht nicht immer als zureichend“ erweisen.

⁴³⁵) S. unten S. 277.

⁴³⁶) *Pohle*, aaO. S. 702.

⁴³⁷) *Rosenberg*, § 1 IV 3.

⁴³⁸) S. oben S. 49.

⁴³⁹) *Niese*, Prozeßhandlungen, S. 150 f.; dagegen *Pohle*, aaO. S. 702; vgl. auch *Rosenberg*, § 59, 2 a.

⁴⁴⁰) S. oben S. 52.

lungsortes zeigt. Maßgebend können aber nur die charakteristischen Wirkungen sein, die begrifflich nicht weggedacht werden können⁴⁴¹). Ob die prozessuale Wirkung eine für die einzelne Parteihandlung charakteristische ist, ergibt sich aus ihrer Funktion⁴⁴²). Wie noch zu zeigen sein wird, stehen Wirkung und Funktion der PHen in enger Wechselbeziehung zueinander⁴⁴³).

Entscheidend für die Abgrenzung des PHbereiches ist weiter die Frage, ob nur auf diejenigen Parteihandlungen abzustellen ist, die unmittelbar das Verfahren beeinflussen, oder auch auf diejenigen, die zwar vermöge ihrer Zweckbeziehung eine prozessuale Rechtslage erzeugen⁴⁴⁴), auf das Verfahren aber erst durch einen Akt der Geltendmachung einwirken. Diese Frage kann nicht zu Beginn der Untersuchung entschieden werden, da dazu eine eingehende Untersuchung der einzelnen umstrittenen Parteihandlungen notwendig ist. Den Begriff von vornherein auf die unmittelbare Wirkung beschränken, hieße wieder, die Entscheidung vorwegnehmen. Das Ergebnis wäre notwendigerweise eine enger PHbegriff.

Aus methodischen Gründen ist, wie noch näher darzulegen sein wird⁴⁴⁵), die Untersuchung allerdings zunächst auf die Parteihandlungen mit unmittelbarer prozessualer Wirkung zu beschränken, da diese, wie z. B. die Klageerhebung und die Rechtsmitteleinlegung, unstreitig PHen sind und sich mit ihnen die Funktionen und die besondere Regelung der PHen am besten erklären lassen. Dabei ist anstelle des Begriffs der „unmittelbaren Wirkung“ die Formulierung von *Deinhardt*⁴⁴⁶) „alle Handlungen, . . . die ihre prozessuale Wirkung nicht erst durch einen Akt prozessualer Geltendmachung, sondern gleichzeitig mit der Erfüllung ihrer tatbestandlichen Voraussetzungen äußern“ — der Klarheit halber vorzuziehen.

Die „prozessuale Wirkung“ als alleiniges Begriffsmerkmal wird im allgemeinen nicht für ausreichend gehalten. Das erklärt sich mit dem Bedürfnis, die charakteristischen Merkmale der PH klarer herauszustellen. Der Inhalt der einzelnen PHen ist zu vielgestaltig, um aus ihm derartige Merkmale zu gewinnen. Wenn dafür — gewissermaßen als Ersatz⁴⁴⁷) — häufig ein Zweck-

⁴⁴¹) Vgl. für viele *Lent*, § 29 IV.

⁴⁴²) *Riezler*, Internationales Zivilprozeßrecht und prozessuales Fremdenrecht, S. 105, mißt der Funktion einer Rechteinrichtung bei „Betrachtung ihres primären Zweckes“ die entscheidende Bedeutung für die Zurechnung zum einen oder zum anderen Rechtsgebiet bei.

⁴⁴³) S. unten S. 90. Mit Recht weist *Schiedermaier* für die Prozeßverträge gegen *Oertmann* darauf hin, daß die Zwecke, denen die Verträge dienen, in ihrer Wirkung zum Ausdruck kommen; vgl. Prozeßvereinbarungen, S. 19.

⁴⁴⁴) *Goldschmidt*, S. 258.

⁴⁴⁵) S. unten S. 77 f.

⁴⁴⁶) AaO. S. 103.

⁴⁴⁷) *Walsmann*, AcP 102, 15.

moment als ergänzendes Begriffsmerkmal verwandt wird, so ist dies auf die Erkenntnis zurückzuführen, daß jedes Handeln Ausdruck menschlicher Zwecktätigkeit ist. Aber auch diejenigen, die den „Zweck“ als außerhalb des PHbegriffs liegend ansehen⁴⁴⁸⁾, fordern eine nähere Charakterisierung der für die PHen typischen prozessualen Wirkung, indem sie diese als verfahrensgestaltend bezeichnen oder eine Beziehung zum Betrieb des Prozesses verlangen.

Diesen Auffassungen ist grundsätzlich darin zuzustimmen, daß die „prozessuale Wirkung“ allein den Unterschied zu den Privatrechtshandlungen nicht deutlich genug kennzeichnet. Deshalb wurde auch eine Beschränkung auf diejenigen Parteihandlungen für notwendig gehalten, denen die „prozessuale Wirkung“ charakteristisch ist. Da hierbei offen bleibt, wonach es sich im Einzelfall richten soll, ob die „prozessualen Wirkungen“ der Partei-handlung wesensgemäß sind, ist auf das Wesen und die Bedeutung der einzelnen Partei-handlung einzugehen. Dies führt zu der Frage, welche Stellung der PH im Hinblick auf das Verfahren zukommt⁴⁴⁹⁾.

Daß diese sich nicht aus dem im konkreten Einzelfall mit der PH verfolgten subjektiven Zweck erklären läßt, bedarf keiner weiteren Darlegung. Die Bedeutung der PHen für das Verfahren kann sich nur aus ihren Funktionen ergeben⁴⁵⁰⁾. Durch welche Umstände diese bestimmt werden, bedarf noch der Klärung⁴⁵¹⁾. Dabei wird auch festzustellen sein, inwieweit es auf die Beziehung der Partei-handlung zu dem „Urteilszweck“, dem „Prozeßzweck“ und zu dem Betriebe des Verfahrens oder eines bestimmten Verfahrens ankommt und ob den PHen eine „selbständige“ Bedeutung zukommt. Diese für die weitere Untersuchung grundlegende Frage kann erst beantwortet werden, wenn Klarheit über die anzuwendende Methode besteht.

Die Klarstellung der Funktionen der PHen ermöglicht unter Umständen auch die Beantwortung der zunächst offengelassenen Frage, ob alle Partei-handlungen, denen eine prozessuale Wirkung wesensgemäß ist, hinsichtlich der Voraussetzungen der Regelung des Prozeßrechts unterliegen. Eine solche Schlußfolgerung wäre berechtigt, wenn eine Einzeluntersuchung der umstrittenen Grenzfälle ergäbe, daß *alle* Partei-handlungen mit rein prozessualen Funktionen sowohl hinsichtlich der Voraussetzungen als auch der Wirkungen der Regelung des Prozeßrechts unterliegen.

⁴⁴⁸⁾ S. oben S. 54.

⁴⁴⁹⁾ Vgl. *Walsmann*, aaO. S. 9, und *Siegert*, Prozeßhandlungen, S. 19.

⁴⁵⁰⁾ *Hegler*, AcP 133 Beiheft, S. 221; s. dazu oben S. 15 ff.

⁴⁵¹⁾ Vgl. *Pohle*, aaO. S. 702.

4. Die Begriffsbestimmung mit dem Ziel der Klarstellung der Bedeutung der Prozeßhandlungen für das Verfahren

Grundsätzlich verschieden von den bisher behandelten Definitionen sind diejenigen, die vorwiegend oder allein zur Erklärung der Bedeutung der PH im Zusammenhang des Verfahrens vorgenommen werden. Mit dieser Fragestellung bekommt der Begriff notwendigerweise einen anderen Inhalt. Das Schwergewicht liegt hier in der Beziehung des Parteiverhaltens zum Verfahren, nicht in der Abgrenzung von Privatrecht und Prozeßrecht. Ob allerdings für eine Definition lediglich mit dem Ziele der Klarstellung der Funktionen der PHen ein praktisches Bedürfnis der Rechtsanwendung besteht, ist fraglich⁴⁵²⁾. Ohne Zweifel wird mit einer solchen Klarstellung des Zusammenhanges von PH und Prozeß der besseren Rechtserkenntnis und damit mittelbar auch der Rechtsanwendung gedient. Die prozessualen Funktionen ermöglichen auch eine systematische Einteilung der PHen, die dann die Grundlage für eine „spezifisch prozeßrechtliche Wertungslehre“⁴⁵³⁾ abzugeben vermag.

Hierher gehören die reinen Zweckdefinitionen⁴⁵⁴⁾, mit denen in erster Linie die Bedeutung der PH für das Verfahren erklärt werden soll. Deutlicher noch kommt dies bei *Goldschmidt* zum Ausdruck. Er sieht das Problem des PHbegriffs unter dem Gesichtspunkt der Entwicklung des Verfahrens zum Urteil hin. Für ihn kommt es auf die Frage an, in welcher Weise die PHen zu dieser Entwicklung beitragen und in welcher Beziehung sie zu dem Ziel des Verfahrens, dem Urteil stehen. Die Frage der prozessualen Wirkung einer PH interessiert ihn nicht wegen der unterschiedlichen Wirkung von Privatrechtsgeschäft und PH, sondern für ihn ist von Bedeutung, daß es in erster Linie die Prozeßhandlungen sind, die die „Rechtslagen“ in der Prozeßentwicklung erzeugen, die nichts weiter sind als Durchgangsstationen zu dem richterlichen Urteil⁴⁵⁵⁾, nur Aussichten, Möglichkeiten oder Lasten, nicht aber Entwicklungsstadien eines zwischen den Prozeßbeteiligten bestehenden Rechtsverhältnisses. In dem „Unfertigen“ dieser „Rechtslage“ sieht *Goldschmidt* die charakteristische Wirkung der PH⁴⁵⁶⁾. Diese Grundauffassung kommt auch in seiner Definition zum Ausdruck. Danach sind PHen solche Handlungen der Parteien, „welche die prozessuale Rechtslage gestalten, d. h.

⁴⁵²⁾ S. oben S. 11.

⁴⁵³⁾ *E. Schmidt*, Lehrkommentar, Nr. 189 (S. 99).

⁴⁵⁴⁾ S. oben S. 55.

⁴⁵⁵⁾ Vgl. auch *E. Schmidt*, aaO. S. 42/43 Nr. 48.

⁴⁵⁶⁾ AaO. S. 265.

welche prozessuale Aussichten, Möglichkeiten, Lasten oder Befreiungen von Lasten begründen, verändern oder vernichten⁴⁵⁷⁾. Wie diese kurze Skizzierung der bekannten Auffassung von *Goldschmidt* zeigt, sieht er das Problem des PHbegriffs allein in der Bedeutung der Prozeßhandlung für die „Rechtslage“, also in der ihr zukommenden Funktion. Es soll nicht verkannt werden, daß sich *Goldschmidt* eingehend mit der verschiedenen Regelung befaßt, die bezüglich der Voraussetzungen für die PHen und bürgerliche Rechtsgeschäfte gilt⁴⁵⁸⁾, jedoch sind diese Überlegungen nicht bestimmend für die von ihm aufgestellte Definition des PHbegriffs.

Folgen *Niese*⁴⁵⁹⁾ und *E. Schmidt*⁴⁶⁰⁾ auch in vielem der Grundauffassung von *Goldschmidt*, so betonen sie doch die Notwendigkeit, die PHen von solchen Erscheinungen zu sondern, die sich als Vorgänge materiellrechtlichen Charakters erweisen⁴⁶¹⁾. Sie betrachten den PHbegriff nicht wie *Goldschmidt* in erster Linie unter einem funktionellen Gesichtspunkt, sondern stellen auf die prozeßrechtliche Normierung ab⁴⁶²⁾.

Es wird Aufgabe der vorliegenden Untersuchung sein, zu klären, ob die Bestimmung des PHbegriffs unter einem praktischen Gesichtspunkt im Interesse der Rechtsanwendung erforderlich und möglich ist oder ob die Klarstellung des Wesens der PH, ihrer Stellung im Gesamtzusammenhang des Verfahrens wichtiger erscheint oder ob eine zu praktischen Zwecken gebildete Definition neben einer Umschreibung des Wesens der PH möglich und — wegen des verschiedenen Inhalts — sinnvoll ist.

5. Enge und weite Prozeßhandlungsbegriffe

Wie diese Übersicht über die verschiedenen Definitionen des PHbegriffs zeigt, liegt den Begriffsbestimmungen — zumeist unausgesprochen — eine bestimmte Fragestellung zugrunde. Entsprechend den verschiedenen Grundauffassungen weichen auch die Fragestellungen weit voneinander ab.

Ein hiervon verschiedenes Problem ist es, ob die Begriffsbestimmung jeweils nur unter *einer* Fragestellung vorgenommen werden sollte. Das führt auf die schon anfangs erwähnte Frage, ob das Prozeßrecht einen *einheitlichen* PHbegriff erfordert. *Rosenberg* vertritt offensichtlich diese Meinung, da er

⁴⁵⁷⁾ AaO. S. 363.

⁴⁵⁸⁾ AaO. S. 365 ff.

⁴⁵⁹⁾ Prozeßhandlungen, S. 57 f. und oft.

⁴⁶⁰⁾ Lehrkommentar, Nrn. 45 ff. (S. 41 ff.), 190 ff. (S. 100 ff.).

⁴⁶¹⁾ *Niese*, aaO. S. 83, gegen *Goldschmidt*; *E. Schmidt*, aaO. Nr. 181 (S. 96)

⁴⁶²⁾ *Niese*, aaO. S. 85; *E. Schmidt*, aaO. Nr. 181.

den Wert des PHbegriffs allein in der Abgrenzung von dem bürgerlich-rechtlichen Parteiverhalten wegen der verschiedenartigen Regelung sieht⁴⁶³⁾).

Demgegenüber wird der PHbegriff vielfach gleichzeitig unter mehreren Fragestellungen definiert. Nicht nur die Vielgestaltigkeit der einzelnen PHen, sondern vor allem die Verschiedenartigkeit der Fragestellung verbietet es aber einen einheitlichen Begriff aufzustellen, der alle Gesichtspunkte umfaßt, da ein solcher Begriff notwendig so weit ausfallen müßte⁴⁶⁴⁾, daß er im Einzelfall die Fragen, zu deren Klärung er aufgestellt ist, nicht exakt beantworten könnte. Dieser Schwierigkeit versucht man dadurch zu entgehen, daß man gleichzeitig entsprechend den verschiedenen Fragestellungen PHbegriffe im „weiteren“⁴⁶⁵⁾ oder „weitesten“⁴⁶⁶⁾ und solche im „eigentlichen“⁴⁶⁷⁾, „engeren“⁴⁶⁸⁾, „typischen“⁴⁶⁹⁾ oder „spezifischen“⁴⁷⁰⁾ Sinne aufstellt.

Hierbei werden die verschiedensten Gesichtspunkte gegenübergestellt. Die von *Baumbach-Lauterbach*⁴⁷¹⁾ getroffene Unterscheidung in Prozeßhandlungen im weiteren und im engeren Sinne je nachdem, ob es sich um Handlungen des Gerichts *und* der Parteien oder lediglich um das Parteiverhalten handelt, kann für unsere Untersuchung außer Betracht bleiben. Im übrigen lassen sich vier verschiedene Gesichtspunkte erkennen, unter denen gleichzeitig ein enger und ein weiter PHbegriff aufgestellt wird:

1. In der Hauptsache wird die Gegenüberstellung eines engeren und eines weiteren PHbegriffs zur Unterscheidung des für das ganze Prozeßrecht geltenden systematischen PHbegriffs von dem Rechtssatzbegriff, wie er sich in den §§ 54, 67 und 81 findet, verwandt, wobei je nach der Auslegung dieser Normen als der engere Begriff entweder der systematische⁴⁷²⁾ oder der Rechtssatzbegriff⁴⁷³⁾ erscheint.

2. *Nußbaum*⁴⁷⁴⁾ und *Nikisch*⁴⁷⁵⁾ stellen die „Prozeßbetriebshandlungen“

⁴⁶³⁾ Lb. § 59; ebenso *Deinhardt*, S. 35 f.

⁴⁶⁴⁾ Vgl. hierzu *Niese*, Prozeßhandlungen, S. 83; dem widerspricht nicht, daß er selbst einen einheitlichen PHbegriff aufstellt, da dieser ebenso wie bei *Rosenberg* nur unter einer Fragestellung steht, vgl. aaO. S. 85.

⁴⁶⁵⁾ *Nußbaum*, Prozeßhandlungen, S. 72.

⁴⁶⁶⁾ *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, IV 1 a vor § 128.

⁴⁶⁷⁾ RGZ 77, 329.

⁴⁶⁸⁾ *Nußbaum*, aaO.; *Baumbach-Lauterbach*, Gr. 5 B vor § 128.

⁴⁶⁹⁾ *Wehmeyer*, S. 15.

⁴⁷⁰⁾ *Bunsen*, ZZP 26, 294.

⁴⁷¹⁾ Gr. 5 A und B vor § 128.

⁴⁷²⁾ So bei *Bunsen*, ZZP 26, 294; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, IV 1 a, b vor § 128; *Weismann*, I, S. 81, 296.

⁴⁷³⁾ RGZ 77, 329.

⁴⁷⁴⁾ AaO. S. 72 ff.

⁴⁷⁵⁾ Lb. § 55 III 2.

bzw. „Prozeßführungshandlungen“ als die PHen im eigentlichen Sinne den Prozeßhandlungen im weiteren Sinne gegenüber, wobei für die ersteren der Gesichtspunkt der gemeinsamen Regelung Bedeutung hat, während für die letzteren die vorwiegend oder ausschließlich prozessuale Wirkung maßgebend ist. Hier werden also die oben dargestellte Fragestellung der Abgrenzung von dem bürgerlichrechtlichen Parteiverhalten wegen der verschiedenen Regelung und — wie vor allem die Ausführungen von *Nikisch*⁴⁷⁶⁾ zeigen — der Gesichtspunkt der prozessualen Funktion nebeneinander herangezogen.

*Siegert*⁴⁷⁷⁾ dagegen, der in dem Bestreben, für die „bedeutungsvollen Prozeßhandlungen möglichst viel gemeinsame Merkmale“ aufzustellen, einen engen PHbegriff aufstellt und diesem alle übrigen Vorgänge im Prozeß als „prozeßrechtlich erhebliche Handlungen“ gegenüberstellt, kennt in Wahrheit nur einen einheitlichen PHbegriff. Die prozeßrechtlich erheblichen Handlungen haben keinen PHcharakter, auch nicht im weiteren Sinne.

3. Eine rein funktionelle Unterscheidung findet sich bei *Hellwig*, der sowohl auf die „Prozeßführungshandlungen“ — die PHen im engeren Sinne — als auch auf diejenigen PHen, „die in Beziehung auf künftig mögliche Prozesse eine prozessuale Wirkung herbeiführen“⁴⁷⁸⁾, die besonderen Regeln des Prozeßrechts anwenden will⁴⁷⁹⁾. Von diesen PHen im weiteren Sinne unterscheiden sich die Prozeßführungshandlungen durch ihre besondere Aufgabe, da nur sie der Einleitung, Betreibung und Beendigung des Prozesses dienen⁴⁸⁰⁾.

4. Lediglich der Abgrenzung der PHen nach innen dient die Gegenüberstellung von engem und weitem PHbegriff bei *Wach*. Als PHen im weiteren Sinne bezeichnet er die Handlungen der Zeugen und Sachverständigen⁴⁸¹⁾.

Es ist also das praktische oder theoretische Bedürfnis, den PHbegriff gleichzeitig unter verschiedenen Gesichtspunkten zu betrachten, das vielfach zu einem Nebeneinanderstellen von einem engeren und einem weiteren PHbegriff führt. Entscheidend dafür ist nicht nur die „teils weitere, teils engere Bedeutung des Ausdrucks Prozeßhandlung im Gesetz“⁴⁸²⁾. Auch bleibt nicht, wie *Deinhardt*⁴⁸³⁾ meint, offen, „worin der dogmatische Unterschied zwischen

⁴⁷⁶⁾ AaO.

⁴⁷⁷⁾ Prozeßhandlungen, S. 19.

⁴⁷⁸⁾ Syst. I, S. 423 f.

⁴⁷⁹⁾ AaO. S. 427 unter III.

⁴⁸⁰⁾ AaO. S. 424.

⁴⁸¹⁾ Handbuch I, S. 24 f.

⁴⁸²⁾ Vgl. *Niese*, Dissertation, S. 8.

⁴⁸³⁾ AaO. S. 35.

PHen im engeren und im weiteren Sinne besteht“. Stellt man die verschiedenen Fragestellungen heraus, unter die die engeren und weiteren PHBegriffe gestellt sind, so wird dieser Unterschied deutlich.

Die Frage der Einheitlichkeit des PHBegriffs kann erst nach einer Untersuchung der umstrittenen Grenzfälle entschieden werden.

II. Die für die Begriffsbestimmung angewandten Methoden

Die Abweichung der einzelnen Definitionen voneinander läßt sich nicht nur aus den unterschiedlichen Fragestellungen, sondern auch aus der Verschiedenheit der bei der Begriffsbestimmung angewandten Methode erklären. Auf den Wert der Methode für die Begriffsbestimmung wurde schon am Anfang hingewiesen. Die jeweils angewandte Methode läßt sich allerdings nur dort klar erkennen, wo der PHBegriff eingehend untersucht ist.

Soweit mit der Definition des PHBegriffs lediglich eine Klarstellung des einzelnen Rechtssatzbegriffs bezweckt ist, wird regelmäßig die induktive Methode angewandt⁴⁸⁴⁾. Hierauf braucht nicht näher eingegangen zu werden, da es Ziel der folgenden Untersuchung ist, einen für das ganze Prozeßrecht geltenden PHBegriff zu finden.

Dieser wird in der Regel deduktiv gebildet. Das zeigen die Ausführungen von *Rosenberg*, *Lent*, *Niese* und *Goldschmidt*. Der Begriff wird hier einem grundsätzlichen Standpunkt untergeordnet. Bei *Rosenberg* ist dies die Auffassung von der Selbständigkeit der Prozeßordnung; diese bedinge „die Selbständigkeit ihres gesamten Inhalts, nicht allein bezüglich der Wirkungen ihrer Rechtssätze, sondern auch in bezug auf deren Voraussetzungen“⁴⁸⁵⁾. Von der gleichen Grundauffassung geht *Lent*⁴⁸⁶⁾ aus, wenn er auch mit Rücksicht auf die umstrittenen Grenzfälle auf die Wirkungen der Parteihandlungen abstellt. Für *Niese*⁴⁸⁷⁾ sind zwei miteinander zusammenhängende, grundsätzliche Gesichtspunkte maßgebend, einmal die Forderung, den Begriff so aufzustellen, daß sich möglichst viele gemeinsame Begriffsmerkmale finden lassen⁴⁸⁸⁾, und dann im Anschluß an *Rosenberg* die Auffassung einer strenger Trennung von Prozeßrecht und Privatrecht. Beide Gesichtspunkte führen notwendigerweise zu einem engen PHBegriff⁴⁸⁹⁾. *Goldschmidt*⁴⁹⁰⁾ ge-

⁴⁸⁴⁾ *Niese*, aaO. S. 8.

⁴⁸⁵⁾ Stellvertretung, S. 56.

⁴⁸⁶⁾ § 29 IV.

⁴⁸⁷⁾ Dissertation, S. 22 f., 33.

⁴⁸⁸⁾ So auch *Siebert*, aaO. S. 19.

⁴⁸⁹⁾ Vgl. *Niese*, aaO. S. 34.

⁴⁹⁰⁾ AaO. S. 146 ff., 362 ff.; vgl. oben S. 71 ff.

winnt den PHbegriff aus dem von ihm entwickelten „empirischen Prozeßbegriff“. Von der Sicht des Prozesses als Rechtslage aus sind die PHen die wesentlichsten Entstehungsvoraussetzungen der Prozeßlage, durch sie wird die prozessuale Rechtslage gestaltet. Gegen eine solche Deduktion aus dem „Wesen“ des Prozesses wendet sich vor allem *v. Hippel*⁴⁹¹). *Hegler* vermißt bei *Goldschmidt* besonders die teleologische Methode⁴⁹²).

Im Gegensatz hierzu verwendet *Deinhardt* eine im wesentlichen *induktive* Methode. Er versucht, die Begriffsmerkmale an Hand der unstreitigen PHen und durch eine Untersuchung der umstrittenen Grenzfälle zu gewinnen⁴⁹³), ohne daß er dabei allerdings näher auf die besonderen Eigenschaften oder die Funktionen der unstreitigen PHen eingeht. Dabei beachtet er auch nicht genügend die Gefahr, die in der Verwendung der unstreitigen PHen als Vergleichsmaßstab liegt⁴⁹⁴). Überträgt man einfach die bei den unstreitigen PHen gewonnenen Erkenntnisse auf die umstrittenen Grenzfälle, so wird der Kreis der PHen von vornherein auf diejenigen Parteihandlungen beschränkt, die den unstreitigen PHen gleichen. So hebt *Deinhardt* zu Beginn seiner Untersuchung hervor, daß bei den unstreitigen PHen „die prozessuale Wirkung jeweils gleichzeitig mit der Erfüllung des normierten Tatbestandes der einzelnen Prozeßhandlungen“ eintrete⁴⁹⁵). Diese den unstreitigen PHen zukommende Eigenschaft läßt er entscheidend sein für die Zuordnung der umstrittenen Grenzfälle⁴⁹⁶). Damit legt sich *Deinhardt* von vornherein auf einen engen PHbegriff fest⁴⁹⁷). Die von ihm angewandte induktive Methode hat daher wenig Wert.

§ 7. Rechtfertigung der eigenen Methode

I. Der Überblick über die von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Definitionen hat gezeigt, daß der Meinungsstreit über den Inhalt des Begriffs sowohl auf die unterschiedlichen Fragestellungen, unter denen die Begriffsbestimmung vorgenommen wird, als auch auf die verschiedenen Methoden zurückzuführen ist. Für sich gesehen, im Zusammenhang mit der jeweiligen

⁴⁹¹) Vgl. Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozeß, 1939, S. 317 ff.; ZZP 65, 428.

⁴⁹²) GerS 93, 446 ff.

⁴⁹³) AaO. S. 32.

⁴⁹⁴) Vgl. oben S. 17 und unten S. 78.

⁴⁹⁵) AaO. S. 33.

⁴⁹⁶) Vgl. aaO. S. 59 (Erteilung der Prozeßvollmacht), S. 70 (Prorogationsvertrag).

⁴⁹⁷) Vgl. aaO. S. 103.

Fragestellung, sind die einzelnen Definitionen in der Regel als sachlich richtig zu bezeichnen. Es ist nur die Frage, ob die betreffende Fragestellung im Interesse der Rechtsanwendung berechtigt ist. Es gilt hier, was *Niese*⁴⁹⁸) ganz allgemein über die Prozeßrechtswissenschaft sagt: „Die große Unklarheit im Grundsätzlichen, die sich darbietet, wenn man die Prozeßrechtswissenschaft auf den Stand ihrer derzeitigen Ergebnisse hin überblickt, beruht hauptsächlich darauf, daß schon bei den Fragestellungen nicht klar genug unterschieden wird, ob man das Problem vom ‚reinen‘ Prozeßrecht her anpackt, ob man den Prozeß unter dem staatsrechtlichen Gesichtspunkt sieht oder ob das Verhältnis zum materiellen Prozeßgegenstand (Verbrechen oder Privatrechtsverhältnis) im Vordergrund steht.“ Daher erscheint es berechtigt, den PH-begriff einer erneuten Untersuchung zu unterziehen, nämlich darauf, unter welcher Fragestellung die Definition am sinnvollsten vorzunehmen ist. Dies ist das Anliegen der vorliegenden Untersuchung.

Zweckmäßigerweise sind diejenigen Gesichtspunkte von vornherein auszuschneiden, die nach der kritischen Übersicht über Lehre und Rechtsprechung auf keinen Fall in Frage kommen. Das sind alle Fragestellungen, die lediglich der Klärung des einzelnen Rechtssatzbegriffs dienen.

Auf die Unterscheidung der PHen von den anderen Prozeßstatsachen und von den Handlungen Dritter im Prozeß, d. h. auf die Abgrenzung nach innen, braucht nicht mehr eingegangen zu werden. Diese Frage ist bereits genügend geklärt, sie ist auch nicht Gegenstand des Streites um den PH-begriff. Notwendigerweise gehört diese Abgrenzung in jede Begriffsbestimmung.

In Betracht kommen dagegen der Gesichtspunkt der Abgrenzung der PH von dem bürgerlichrechtlichen Parteiverhalten und die Frage nach der Stellung der PH im Gesamtzusammenhang des Prozesses. Während die erste Frage ohne Zweifel die für die praktische Rechtsanwendung wichtigere ist, dient die zweite vor allem der theoretischen Erkenntnis des Prozeßrechts.

II. Schon anfangs wurde dargelegt, daß aus methodischen Gründen zunächst offen bleiben muß, welcher Aufgabe der PHbegriff dient. Es sind daher die umstrittenen Grenzfälle unter beiden Gesichtspunkten zu überprüfen. Dazu ist ein fester Ausgangspunkt erforderlich. Mit einer induktiven Methode allein kann man hier, da die Fragestellung offen ist, keine Ergebnisse erzielen. Die rein induktive Methode verleitet auch dazu, den Begriff von den Randfällen her, anstatt vom Kern aus zu klären. Als geeigneter Ausgangspunkt erscheinen die Parteihandlungen mit *unmittelbarer* prozes-

⁴⁹⁸) Prozeßhandlungen, S. 29.

sualer Wirkung, die also bereits bei Vorliegen der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen eine prozessuale Wirkung ausüben, ohne daß es noch eines weiteren Aktes der Geltendmachung bedarf⁴⁹⁹). Diese Wirkung kommt regelmäßig denjenigen Parteihandlungen zu, deren PHCharakter für uns empirisch feststeht, ohne daß dies noch einer näheren Begründung bedarf, wie z. B. der Klageerhebung, der Rechtsmitteleinlegung und der Klagezurücknahme. An ihnen läßt sich erkennen, welcher Art die prozessualen Wirkungen der „normaltypischen“ PHen sind, wie sich diese PHen von dem bürgerlich-rechtlichen Parteiverhalten bezüglich der die Voraussetzungen betreffenden Regeln unterscheiden und welches die „repräsentativ-typischen“ Funktionen der PHen sind. Mit den so gewonnenen Kriterien lassen sich die umstrittenen Grenzfälle überprüfen. Dabei wird festzustellen sein, welche Wirkung diesen Parteihandlungen zukommt, ob sie, falls die Wirkung prozessualer Natur ist, von der Prozeßordnung zugelassen sind und welcher Regelung sie hinsichtlich der Voraussetzungen unterliegen, wobei zu prüfen ist, ob der Zweck des einzelnen Rechtsinstituts, wie z. B. des Prorogationsvertrages, des Klageverzehrs usw., eine rein prozessuale Regelung, so wie sie den unstreitigen PHen zukommt, erfordert. Hierbei werden sich einzelne Gruppen voneinander abheben, nämlich Parteihandlungen mit unmittelbarer und solche mit mittelbarer prozessualer Wirkung, ferner solche, die hinsichtlich der Voraussetzungen dem bürgerlichen und solche, die dem Prozeßrecht unterliegen. Außerdem sind die umstrittenen Grenzfälle einzeln auf ihre funktionelle Bedeutung hin zu untersuchen und mit den unstreitigen PHen zu vergleichen. Dabei wird in erster Linie zu prüfen sein, ob ihnen die generelle Funktion des „Rechtnehmens“ und des „Rechtsuchens“⁵⁰⁰) eigen ist, während ihnen, da sie am Rande des Begriffs stehen, die „repräsentativ-typischen“ Funktionen der unstreitigen PHen nicht unbedingt zukommen müssen.

Dabei ist jedoch immer zu berücksichtigen, daß es sich nur um einen *Vergleich* mit den unstreitigen PHen handelt. Es wurde schon mehrfach hervorgehoben, daß es methodisch verfehlt wäre, die mit diesen Parteihandlungen gewonnenen Erkenntnisse einfach auf die umstrittenen Grenzfälle zu transponieren. Nur eine teleologisch-funktionelle Betrachtungsweise bei der Überprüfung der umstrittenen Grenzfälle vermag zu klären, unter welcher Fragestellung der Kreis der PHen abzustecken ist. Das so gewonnene Ergebnis ist maßgebend für die Aufstellung der Begriffsmerkmale.

⁴⁹⁹) S. oben S. 47, 52, 69 und unten S. 87.

⁵⁰⁰) Vgl. oben S. 17; E. Schmidt, Lehrkommentar, S. 100 Nr. 189.

I. TEIL

Die typischen Wirkungen und Funktionen derjenigen Parteihandlungen, deren Prozeßhandlungs- charakter unbestritten ist

§ 8. Die den Begriffskern kennzeichnenden Prozeßhandlungen

Die typischen prozessualen Wirkungen und Funktionen lassen sich am besten an denjenigen PHen feststellen, die *innerhalb* eines anhängigen Verfahrens vorgenommen werden. Sie bilden gewissermaßen den Kern des PH-begriffs. Dabei ist von solchen Handlungen abzusehen, die wie Ladung und Zustellung weitgehend positivistischen Schwankungen¹⁾ unterliegen. Als geeignet für eine solche Untersuchung können beispielsweise folgende Handlungen, deren PHcharakter keiner weiteren Begründung bedarf, angesehen werden: Klage, Sach- und Prozeßantrag, Behauptung, Beweisantritt, Geständnis, Rechtsmitteleinlegung, Zurücknahme der Klage und Streitverkündung.

Neben diesen PHen stehen gewissermaßen am Rande des Begriffskerns diejenigen Parteihandlungen, die zwar nicht innerhalb des Verfahrens vorgenommen zu werden brauchen, deren PHcharakter aber doch allgemein oder fast einhellig anerkannt wird. Dazu gehören die der Vorbereitung des Verfahrens dienenden Parteihandlungen wie das Armenrechtsgesuch²⁾, das Gesuch um Bestimmung des zuständigen Gerichts³⁾ und der Antrag auf Durchführung des Beweissicherungsverfahrens⁴⁾. Sind diese PHen auch als Ausgangspunkt für unsere Untersuchung nicht geeignet, da ein Begriff nur vom Kern her bestimmt werden kann, so können aus der Eigenart ihrer Wirkungen und Funktionen doch Anhaltspunkte für die umstrittenen Grenzfälle der PHen gewonnen werden, die den Begriffshof bilden.

¹⁾ Vgl. *Sauer*, Prozeßrechtslehre, § 9 V.

²⁾ RGZ 77, 324 (330); *Rosenberg*, Stellvertretung, S. 58; *Sauer*, aaO. § 9 II 2; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 78 IV 1a; *Deinhardt*, S. 25; a. A. *Walsmann*, ACP 102, 204 ohne Begründung; diese Auffassung hat *Walsmann* später aufgegeben, vgl. ZZZ 43, 140.

³⁾ *Rosenberg*, aaO.; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, aaO. und § 159 I C; *Deinhardt*, aaO.; a. A. *Walsmann*, aaO.

⁴⁾ *Kohler*, ZZZ 29, 49; *Rosenberg*, aaO.; *Sauer*, aaO.; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 78 IV 1a; *Deinhardt*, aaO. Die Streitfrage, ob es sich bei der außerhalb des Prozesses vorgenommenen Beweisaufnahme um einen Akt der freiwilligen oder der streitigen Gerichtsbarkeit handelt, kann hier auf sich beruhen, da der funktionelle Zusammenhang mit dem streitigen Verfahren jedenfalls dann besteht, wenn das Ergebnis der Beweisaufnahme im Prozeß benutzt wird (*Goldschmidt*, S. 447; vgl. auch *Hellwig*, Lb. 1 S. 56).

Die Vollstreckungshandlungen können hier — auch unabhängig von der vorgenommenen Begrenzung des Themas — außer Betracht bleiben, da ihre typische Funktion im Gegensatz zu den auf die *richterliche Entscheidung* ausgerichteten PHen des Erkenntnisverfahrens in der Einwirkung auf den *zwangswweisen Zugriff* durch die Vollstreckungsorgane liegt.

§ 9. Die typischen Wirkungen der Prozeßhandlungen

I. Das Typische der prozessualen Wirkung einer PH wird im allgemeinen in der Prozeßgestaltung gesehen⁵⁾. Eine solche Charakterisierung läßt offen, ob sich die Gestaltungswirkung auf das Verfahren als einen Entwicklungsvorgang oder auf den Prozeß in seiner Einheit als Prozeßrechtsverhältnis bezieht. Beides braucht sich nicht zu decken⁶⁾.

Entsprechend der praktischen Bedeutung des PHbegriffs kann es nur auf die *verfahrensgestaltende* Wirkung ankommen, da mit der konkreten Auswirkung auf das Verfahren als solches das Typische der prozessualen Wirkung am besten gekennzeichnet ist. Demgegenüber ist es wenig aufschlußreich, in welcher Weise die PHen das Prozeßrechtsverhältnis beeinflussen. Für diesen konstruktiven⁷⁾ Einheitsbegriff⁸⁾ besteht ein systematisches⁹⁾ Bedürfnis nur da, wo zum leichteren Verständnis einzelner prozessualer Erscheinungen eine ganzheitliche Betrachtung des Prozesses erforderlich ist, wie z. B. für die Erklärung der Rechtsnachfolge in den Prozeß¹⁰⁾. Dabei ist der „farbloser“¹¹⁾ Begriff des Rechtsverhältnisses dem von *Goldschmidt* geprägten Begriff der Rechtslage, der auch ein Einheitsbegriff ist¹²⁾, vorzuziehen, da das Prozeßrecht nicht nur Lasten, sondern auch echte Pflichten kennt¹³⁾, wie *Lent*¹⁴⁾ neuerdings überzeugend nachgewiesen hat. Das Prozeß-

⁵⁾ S. oben S. 45 f.

⁶⁾ Vgl. *Nikisch*, § 4 I 3; *de Boor*, § 11.

⁷⁾ *Lent*, § 32 I; *Walsmann*, Rechtsstreit und Vollstreckung, Leipzig 1936, S. 10.

⁸⁾ *R. Bruns*, § 1 IV.

⁹⁾ Den systematischen Wert hebt besonders *Süss* hervor, ZZZP 54, 12 ff., vgl. auch *Anerkenntnis*, S. 30; a. A. *Hegler*, AcP 133, Beih. S. 225 f.

¹⁰⁾ Vgl. u. a. *de Boor*, aaO.; *R. Bruns*, aaO.; *Lent*, aaO.; *Nikisch*, § 4 II 3; *Rosenberg*, § 2.

¹¹⁾ *R. Bruns*, aaO.

¹²⁾ Vgl. *R. Bruns*, aaO.; *Hegler*, GerS 93, 446; *v. Hippel*, Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozeß, S. 318 f.; *Sauer*, ArchRPhil 19, 270, 275, 286.

¹³⁾ *Baumbach-Lauterbach*, Gr. 2 vor § 128; *Bernhardt*, § 1 VI; *Bosch*, DRichtZ. 1951, 108; *R. Bruns*, aaO.; *Schönke-Schröder-Niese*, § 2; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, Einl. E; a. A. *Goldschmidt*, S. 335 ff.; *Niese*, Prozeßhandlungen, S. 63 ff.; *E. Schmidt*, Lehrkommentar, Nr. 37 ff.; *Sax*, ZZZP 67, 52 f.; a. A. auch *Nikisch*, § 4 II, der dennoch das Prozeßrechtsverhältnis bejaht.

¹⁴⁾ ZZZP 67, 344 ff.; zustimmend *Rosenberg*, § 2 II 3 b.

§ 9. Typische Wirkungen der Prozeßhandlungen

rechtsverhältnis ist als dreiseitiges zu verstehen. Dies entspricht am besten der modernen Auffassung von dem Prozeß als einer Arbeitsgemeinschaft¹⁵⁾ zwischen allen Prozeßbeteiligten, die zwischen den Parteien und dem Gericht intensiver ist als zwischen den streitenden Parteien, weil hier ein Interessenwiderstreit besteht. Die Auffassung, daß auch zwischen den Parteien prozessuale Rechte und Pflichten bestehen, wie die Pflicht, das prozessuale Verhalten nach Treu und Glauben einzurichten, ist nicht ganz ohne Bedeutung für unsere Untersuchung. So weist *Schiedermair*¹⁶⁾ darauf hin, daß ohne eine solche Annahme die von der Prozeßordnung selbst gewährte Möglichkeit prozessualer Vereinbarungen nicht verständlich wäre.

Es besteht im wesentlichen Einigkeit darüber, daß der Wert dieser Konstruktion nicht überschätzt werden darf¹⁷⁾. Vor allem wäre es methodisch verfehlt, aus dem Vorhandensein eines Prozeßrechtsverhältnisses irgendwelche Rechtssätze, wie z. B. die Geltung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Prozeß, zu *folgern*¹⁸⁾. Die ganzheitliche Betrachtung des Prozesses ist nicht für jeden Gegenstand geeignet. Sie ist da fehl am Platze, wo es gilt, das Typische eines prozessualen Vorgangs aus der bunten Vielfalt der Einzelercheinungen herauszustellen. Wie *Lent*¹⁹⁾ und *Siegert*²⁰⁾ mit Recht bemerken, ist das *Wesen* des Prozesses als Ganzes für das Verständnis der PHen nicht von entscheidender Bedeutung. Daran gehen diejenigen Begriffsbestimmungen vorbei, die das Charakteristische der prozessualen Wirkung einer PH in der Begründung, Fortentwicklung und Beendigung des Prozeßrechtsverhältnisses sehen²¹⁾.

II. Um das Charakteristische der *verfahrensgestaltenden* Wirkung zu erkennen, bedarf es einer Umschreibung des Wirkungsbereichs der PHen. Für die zum Begriffskern gehörenden Handlungen ist dies der innerprozessuale Raum, da sie entweder der Begründung, der Fortführung oder der Beendigung des Verfahrens dienen. Der Wirkungsbereich reicht danach vom Beginn

¹⁵⁾ *De Boor*, Die Auflockerung des Zivilprozesses, Tübingen 1939, S. 12; Rechtsstreit, §§ 4 II, 11 I; *R. Bruns* spricht von einer „Gemeinschaftsarbeit“, *Annales Universitatis Saraviensis* 1953, 243; *Guldener*, SchweizJZ 39, 391; *Rosenberg*, § 1 VI; *Schiedermair* spricht von einer „Vertrauensgemeinschaft“, Prozeßvereinbarungen, S. 62.

¹⁶⁾ Prozeßvereinbarungen, S. 54 Anm. 21.

¹⁷⁾ Vgl. u. a. *Nikisch*, aaO.

¹⁸⁾ *De Boor*, § 11 I; vgl. auch *v. Hippel*, aaO, S. 322.

¹⁹⁾ § 32 I.

²⁰⁾ Prozeßhandlungen, S. 23 Anm. 1.

²¹⁾ So vielfach die früheren Definitionen, vgl. *Kohler*, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin, Leipzig 1904, 2, S. 110; *Rosenberg*, Stellvertretung, S. 63; *Trutterm*, Prozeßrechtsgeschäfte, S. 8, gegen ihn *Goldschmidt*, S. 135.

des Verfahrens bis zum Abschluß durch eine gerichtliche Entscheidung oder eine sonstige verfahrensbeendende Handlung. Ob auch den lediglich der Vorbereitung des Verfahrens dienenden Handlungen, wie dem Armenrechtsgesuch usw., eine verfahrensgestaltende Wirkung zukommt, wird noch zu untersuchen sein. Soweit angenommen wird, daß die PHen „durch die Entscheidung“ und „mit ihrer Kraft“ wirken²²⁾, handelt es sich nicht um eine selbständige Wirkung der PHen, sondern um eine Wirkung des Hoheitsaktes²³⁾. Da, wo die PH im Ausnahmefall selbständig über den Prozeß hinauswirkt, liegt keine typisch prozeßgestaltende Wirkung vor. So setzt z. B. die Interventionswirkung der §§ 68, 74 Abs. 2 u. 3 einen bereits gestalteten Prozeß voraus. Diese entfernteren, über den Prozeß hinausgehenden Wirkungen sind jedoch nicht ganz ohne Bedeutung für die innerprozessuale Entwicklung. Ohne Zweifel beeinflußt die antizipierte Vorstellung der entfernteren Wirkungen im konkreten Einzelfall das innerprozessuale Verhalten der Parteien. So ist es zweckmäßig, die Anträge auf die zu erwartenden Urteilstwirkungen abzustellen. Die Streitverkündung²⁴⁾ erfolgt in der Regel überhaupt nur wegen der über den Prozeß hinausgehenden Interventionswirkung²⁵⁾. Trotz dieses Zusammenhanges ist die innerprozessuale Wirkung der PHen einer eigenen, isolierten Betrachtung fähig. Die entfernteren Wirkungen der PHen motivieren das innerprozessuale Verhalten der Prozeßbeteiligten im konkreten Einzelfall, sie kennzeichnen aber nicht das Typische der prozessualen Wirkung. Die charakteristische Eigentümlichkeit der PHen liegt vielmehr in dem Einfluß, „den sie auf den Prozeß selbst ausüben“²⁶⁾.

Innerhalb des so umschriebenen Wirkungsbereiches der zum Begriffskern gehörenden PHen ist das Wirkungsobjekt ein zweifaches: die Prozeßentwicklung als Vorgang und die Entscheidung als das Ziel dieser Entwicklung. Auf beide *zusammen* wirken die PHen mit ihrer Vornahme unmittelbar ein. Zunächst üben sie eine *nähere* Wirkung aus, indem sie eine innerprozessuale Situation herbeiführen, die für den Fortgang des Verfahrens von Bedeutung ist, und als *entferntere* Wirkung kommt ihnen eine Einwirkung auf die Entscheidung zu. Die nähere Wirkung steht zu der ferneren in einem Mittel-Zweck-Verhältnis, da alle PHen — mit Ausnahme der prozeßbeendigen-

²²⁾ Rosenberg, § 60 I.

²³⁾ Vgl. Hegler, Beiträge, S. 115 f., bezüglich Anerkenntnis und Verzicht.

²⁴⁾ Ihr PHcharakter ist jetzt, soweit zu übersehen, unbestritten, vgl. Goldschmidt, S. 461, 463; Rosenberg, § 60 II; a. A. Truttermann, aaO. S. 287.

²⁵⁾ Lent, § 84 II.

²⁶⁾ Kisch, Götting. gel. Anz. 1901, 223 f.

§ 9. Typische Wirkungen der Prozeßhandlungen

den²⁷⁾ — letzten Endes auf die Hervorrufung einer Gerichtsentscheidung ausgerichtet sind.

Das gilt in gleicher Weise für Bewirkungs- wie Erwirkungshandlungen. Liegt das Hauptgewicht der Bewirkungshandlungen auch in der Gestaltung der Prozeßentwicklung, so wirken sie doch ebenfalls auf die Entscheidung ein. Das „Bewirken“ im Prozeß ist nicht Selbstzweck²⁸⁾. Auch *Niese*²⁹⁾ räumt den Bewirkungshandlungen einen Einfluß auf das Urteil ein, da nur die prozeßordnungsgemäß erarbeiteten Ergebnisse im Urteil verwertbar seien und damit das „(bewirkte) Verfahren in seiner Gesamtheit“ zur „Grundlage“ und zum „Element des Urteils“ werde. Auf der anderen Seite dienen die Erwirkungshandlungen nicht nur der Einwirkung auf die richterliche Entscheidung, sondern führen zunächst auch eine für die Prozeßentwicklung als solche maßgebende innerprozessuale Situation herbei.

Beispielsweise ist die nähere Wirkung des Sachantrags in der für den Gegner — oder die Partei selbst — entstehenden Möglichkeit oder Nötigung (Last) zum weiteren Handeln³⁰⁾ zu sehen, wie in der Last für den Gegner, sich nach diesem Antrag einzurichten. Die entferntere Wirkung dagegen liegt in der Schaffung der Urteilsgrundlage und der Einwirkung auf das Gericht, „eine Entscheidung bestimmten Inhalts herbeizuführen“³¹⁾. Die Behauptungen, die dazu bestimmt sind, „die von der Partei beantragte Entscheidung zu erwirken“³²⁾, lassen durch ihre Einführung in den Prozeß eine sofortige innerprozessuale Situation entstehen, indem sie den „Gegenstand der prozessualen Feststellung, insbesondere das Beweisthema“³³⁾ liefern. Die nähere innerprozessuale Wirkung des Geständnisses³⁴⁾ ist in der Befreiung des Gerichts von der Durchführung weiterer Beweiserhebung über die gestandene Tatsache zu sehen³⁵⁾.

Diese innerprozessuale Doppelwirkung der PHen erklärt sich aus der Eigenart der dynamischen Entwicklung des Prozesses. Den PHen kommt eine verschiedene Bedeutung zu, je nachdem ob man sie in ihrem Spannungsverhältnis zum Urteil oder in ihrer Stellung innerhalb des Entwicklungsvor-

²⁷⁾ S. unten S. 84.

²⁸⁾ *Sauer*, Prozeßrechtslehre, § 9 III 1.

²⁹⁾ Prozeßhandlungen, S. 90.

³⁰⁾ Vgl. *Goldschmidt*, S. 365.

³¹⁾ *Goldschmidt*, S. 364.

³²⁾ *Goldschmidt*, S. 422.

³³⁾ *Goldschmidt*, S. 423.

³⁴⁾ Ob es sich hierbei um eine Bewirkungs- oder Erwirkungshandlung handelt, ist umstritten, vgl. einerseits *Goldschmidt*, S. 494, andererseits *Rosenberg*, § 60 I 2 b.

³⁵⁾ Vgl. *Wach*, ZZP 27, 14 Anm. 16; *Kisch*, ZZP 34, 393.

gangs selbst betrachtet. Damit wird die von *Goldschmidt* geschaffene Einteilung in Erwirkungs- und Bewirkungshandlungen nicht aufgehoben. Ihr kommt auch bei der hier vertretenen Auffassung ein systematischer Wert zu, denn bei den Erwirkungshandlungen liegt wesensmäßig das *Schwergewicht* in der Einwirkung auf das Urteil, während es bei den Bewirkungshandlungen in der Gestaltung der Prozeßentwicklung zu suchen ist.

Von der hier aufgestellten Regel einer gleichzeitigen näheren und fernerer innerprozessualen Wirkung der PH machen freilich alle prozeßbeendigenden Partei-handlungen eine Ausnahme. Die einseitige Wirkung ergibt sich hier aus der Natur der Sache: eine Handlung, die der Abwendung einer Entscheidung dient, kann nicht gleichzeitig auf diese einwirken. Die den anderen PHen zukommende entferntere innerprozessuale Wirkung kommt hier in dem negativen Moment der Abwendung des Urteils zum Ausdruck³⁶⁾. Aus dieser Ausnahme kann daher nichts gegen die hier vertretene Auffassung gefolgert werden. Auch wäre es verfehlt, das Typische einer Erscheinung nach einem einzelnen Ausnahmefall auszurichten.

Das Nebeneinanderstellen einer näheren und fernerer innerprozessualen Wirkung entspricht nicht völlig der von *Stein*³⁷⁾ getroffenen Unterscheidung zwischen der „nächsten“ und „entfernteren“ Wirkung, da er beide Wirkungen ganz unter dem Aspekt des Urteils sieht, indem er z. B. als die nächste Wirkung eines Antrags die Entscheidung „über“ den Antrag und als die entferntere die Entscheidung „nach“ dem Antrag ansieht³⁸⁾.

Den innerprozessualen Wirkungen der PH wird im allgemeinen jede selbständige Bedeutung abgesprochen³⁹⁾. Diese Frage ist nicht nur theoretischer Natur. Sie spielt in dem Streit um die Rechtsnatur der im Prozeß vorgenommenen einseitigen Gestaltungsgeschäfte eine wesentliche Rolle. *Goldschmidt* sieht den Wert der prozessualen Betrachtungsweise in der „Erkenntnis, daß die prozessualen Rechtsbeziehungen unfertig“ seien⁴⁰⁾. Die „Unselbständigkeit“ der prozessualen Wirkungen der PHen wird darin gesehen, daß „alle rein verfahrensmäßigen Vorgänge zu ihrer bestimmungsgemäßen Auswir-

³⁶⁾ Vgl. *Bülow*, Geständnisrecht, S. 75 Anm. 2; *Goldschmidt*, S. 289 Anm. 1494.

³⁷⁾ ZZP 41, 420 f.

³⁸⁾ Gegen *Stein Goldschmidt*, S. 139 Anm. 774.

³⁹⁾ Vgl. u. a. *de Boor*, § 12 I 1; *Bülow*, Geständnisrecht, S. 78; ZZP 27, 223 Anm. 11; *Bunsen*, ZZP 35, 402; *Goldschmidt*, S. 133 f., 265; *Hellwig*, Prozeßhandlung, S. 56; Klagerecht und Klagmöglichkeit, S. 80; Syst. I, S. 427; *Niese*, Prozeßhandlungen, S. 41, 45 f., 61; *Nikisch*, § 54 I 2; *Rosenberg*, § 60 I für die Erwirkungshandlungen; *E. Schmidt*, Lehrkommentar, Nr. 48; *Stein*, ZZP 41, 426; *Walsmann*, AcP 102, 57 f.

⁴⁰⁾ AaO. S. 265; zustimmend *Niese*, Prozeßhandlungen, S. 58.

kung nur durch das — prozessuale oder sachliche — Endurteil gelangen⁴¹⁾. Für diese Auffassung spricht die Beobachtung, daß bei einer Klagezurücknahme die Existenz des Prozesses in sich zusammenfällt⁴²⁾. Der prozessualen Wirkung der Klagezurücknahme selbst kann man freilich — für sich gesehen — eine selbständige Bedeutung nicht absprechen⁴³⁾. Sie liegt in der Prozeßbeendigung. Daraus kann jedoch nichts gegen die von der h. L. aufgestellte These der „Unselbständigkeit“ der PHen gefolgert werden. Was für die einseitige Wirkung der prozeßbeendigenden Handlungen gesagt wurde, gilt entsprechend auch hier: die selbständige Wirkung ergibt sich zwangsläufig daraus, daß mit der Verfahrensbeendigung ebenso wie beim Urteil eine unverrückbare Situation eintritt, über die die prozessuale Entwicklung nicht hinausgeht.

Ob die „Unselbständigkeit“ eine charakteristische Eigenart der den PHen zukommenden Wirkungen ist, kann nur eine Gegenüberstellung mit vergleichbaren dynamischen Vorgängen des materiellen Rechts ergeben, denn die Unselbständigkeit ist letzten Endes darin begründet, daß die Prozeßentwicklung ein einheitlicher Vorgang ist, der in dem Urteil aufgeht⁴⁴⁾. Die Figur des kaufmännischen Kontokorrents, mit dem die Prozeßentwicklung gelegentlich verglichen wird⁴⁵⁾, ist für eine solche Gegenüberstellung nicht geeignet. Verlieren die Einzelposten mit der Saldofeststellung bis auf die gem. § 356 HGB verbleibenden Sicherheiten auch ihre rechtliche Selbständigkeit, so handelt es sich bei dem Kontokorrentverhältnis doch um eine *laufende*⁴⁶⁾ und nicht um eine *dynamische* Entwicklung. Dagegen kann die materiellrechtliche Entwicklung vom Vertragsangebot zum Vertrag vergleichsweise herangezogen werden⁴⁷⁾. Hier liegt eine dynamische Entwicklung vor, bei der das Vertragsangebot entweder inhaltlich in dem Vertrag aufgeht oder gegenstandslos wird. Daran zeigt sich, daß auch das materielle Recht dynamische Vorgänge kennt, so wie es auch ganz allgemein einer gewissen Dynamik unterliegt⁴⁸⁾. Im Bereich des materiellen Rechts sind derartige Vorgänge je-

⁴¹⁾ Niese, aaO. S. 46.

⁴²⁾ Niese, aaO. S. 41, 46.

⁴³⁾ Hellwig, Prozeßhandlungen, S. 56; Stein, ZZZ 41, 426.

⁴⁴⁾ Gegen die Auffassung einer dynamischen Entwicklung des Prozesses Krückmann, ZZZ 56, 251.

⁴⁵⁾ Vgl. dazu E. Schmidt, aaO. Nr. 48.

⁴⁶⁾ Esser spricht von einer „laufenden“ Kompensation, Schuldrecht, § 130, 2.

⁴⁷⁾ Vgl. Schiedermair, Prozeßvereinbarungen, S. 96 Anm. 5; Stein, ZZZ 41, 420 f.

⁴⁸⁾ De Boor, § 11 I; vgl. auch Löhlein, Festgabe für Müller-Erzbach, München-Pasing 1954, S. 72; gegen die Verwendung der Begriffe „Statik“ und „Dynamik“ im Bereich des Rechts Müller-Erzbach, Interessenjurisprudenz, S. 39 Anm. 1.

doch Einzelercheinungen. Im allgemeinen überwiegt das statische Element⁴⁹⁾. Die „Unselbständigkeit“ des Vertragsangebotes⁵⁰⁾ ergibt sich aus der Natur der Sache, da ein Vertrag nur mit dem Willen beider Vertragspartner zustandekommen kann. Sie ist nicht eine charakteristische Eigenart der Willenserklärungen. Dagegen ist sie allen PHen eigentümlich, soweit man diese in ihrem Verhältnis zum Urteil betrachtet. Die Unselbständigkeit ist ein Ausdruck für das Unterworfensein der Parteien unter die Entscheidungsgewalt des Gerichts, für die Abhängigkeit des Rechtnehmens (Rechtsuchens) von dem Rechtgeben durch das Gericht.

Stellt man den Entwicklungsvorgang des Prozesses selbst in den Mittelpunkt der Betrachtung, so gewinnen die einzelnen Stadien, die der Prozeß durchläuft, eine selbständigere Bedeutung. Innerhalb der Entwicklungslinie des Verfahrens kann man die einzelnen Entwicklungsstufen *für sich betrachtet* mit *Hegler* als etwas „Sicheres und Festes“ ansehen⁵¹⁾. Der Grad der Festigkeit ist verschieden, er richtet sich danach, wieweit das Bedürfnis nach Sicherheit und Berechenbarkeit des Verfahrensablaufs geht. Am ausgeprägtesten kommt dies bei den sog. „unverrückbaren Situationen“ zum Ausdruck. Unter diesem Gesichtspunkt der inneren Entwicklung des dynamischen Vorgangs ist der PH ebenso eine gewisse selbständige Bedeutung zuzusprechen wie im Bereich des materiellen Rechts dem Vertragsangebot⁵²⁾, das einen Zustand der Gebundenheit schafft, ohne daß damit der innerprozessualen Wirkung notwendig eine rechtsgeschäftliche Natur zugesprochen werden muß⁵³⁾. Um Aufschluß über die innerprozessuale Entwicklung zu gewinnen, ist es notwendig, Querschnitte in die Einheit des dynamischen Vorgangs zu legen⁵⁴⁾. Wird auf diese Weise auch ein statisches Moment in die Prozeßentwicklung hineingetragen, so wird damit doch nicht, wie *Sauer* im Hinblick auf den Begriff der „Rechtslage“ meint⁵⁵⁾, die charakteristische Dynamik des Verfahrensablaufs wieder aufgehoben. Mit der Ausrichtung aller Verfahrensvorgänge auf das Urteil hin allein ist der konkrete Vorgang des Verfahrensablaufs nicht genügend gekennzeichnet. Erst die einzelnen Prozeßstadien machen die innere Entwicklung dieses Vorgangs sichtbar.

⁴⁹⁾ *Fehr*, Festschrift für Heinrich Lehmann, Berlin 1937, S. 32, fordert, daß das Schuldrecht dynamischer werden müsse.

⁵⁰⁾ Vgl. *Kormann*, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910, S. 18.

⁵¹⁾ *GerS* 93, 456.

⁵²⁾ Vgl. *Hellwig*, Prozeßhandlung, S. 54.

⁵³⁾ Für die rechtsgeschäftliche Natur u. a. *R. Schmidt*, § 55 a. E.; zur Figur des Prozeßrechtsgeschäfts vgl. unten S. 289 ff.

⁵⁴⁾ Dagegen *Sauer*, *ArchRPhil* 19, 285.

⁵⁵⁾ Wie Anm. 54.

§ 9. Typische Wirkungen der Prozeßhandlungen

Die prozessualen Wirkungen der zum Begriffskern gehörenden PHen treten bei Vorliegen der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen ein, ohne daß es noch eines besonderen Aktes der Geltendmachung bedarf. Das gilt sowohl für die nähere als auch die entferntere innerprozessuale Wirkung. Dem steht nicht entgegen, daß die entferntere Wirkung zeitlich regelmäßig später eintritt, denn die unmittelbare Wirkung ist nicht identisch mit der sofortigen.

Eine unmittelbare Einwirkung der Erwirkungshandlungen auf das Verfahren wird von *Lent*⁵⁶⁾ verneint, weil sie „erst im Zusammenhalt mit der durch sie ausgelösten gerichtlichen Tätigkeit“ eine Wirkung auf das Verfahren ausübten. Soweit es sich um die *entferntere* Wirkung handelt, ist *Lent* zuzustimmen. Hier wirkt die PH unmittelbar auf die Entscheidung und nur mittelbar auf das Verfahren selbst ein. Der *näheren* innerprozessualen Wirkung dieser Handlungen kann jedoch das Moment der Unmittelbarkeit nicht abgesprochen werden. So liefert beispielsweise die Behauptung mit ihrer Einführung in den Prozeß den Gegenstand der prozessualen Feststellung und insbesondere das Beweisthema⁵⁷⁾. Diese Wirkung tritt mit Vornahme der Handlung und nicht erst auf dem Weg über eine richterliche Handlung ein.

Bei den Bewirkungshandlungen wird umgekehrt die Unmittelbarkeit der Einwirkung auf die Entscheidung verneint⁵⁸⁾. Das ist zutreffend, soweit man auf die Herbeiführung des Urteils abstellt. Hier sind die Bewirkungshandlungen nur Grundlage der Erwirkungshandlungen, die für diese Aufgabe bestimmt sind⁵⁹⁾. Die Bewirkungshandlungen gestalten jedoch ebenso wie die Erwirkungshandlungen die Urteilsgrundlage und wirken durch diese auf das Urteil ein. Diese Wirkung übt nicht „erst das (bewirkte) Verfahren in seiner Gesamtheit“⁶⁰⁾ aus, sondern jede einzelne Bewirkungshandlung trägt mehr oder weniger zur Gestaltung der Urteilsgrundlage bei, ohne daß es zum Eintritt der entfernteren Wirkung noch einer weiteren Prozeßhandlung bedürfte. So wird beispielsweise mit dem Verzicht auf die Einrede der Unzuständigkeit das Sachurteil ermöglicht, soweit nicht andere Hindernisse entgegenstehen. Unter diesem Gesichtspunkt kann die entferntere innerprozessuale Wirkung der Bewirkungshandlungen ebenfalls eine unmittelbare genannt werden.

Zusammenfassend kann als die typische Wirkung der zum Begriffskern gehörenden PHen die Gestaltung der Prozeßentwicklung *und* die Einwirkung

⁵⁶⁾ § 29 III.

⁵⁷⁾ S. oben S. 83.

⁵⁸⁾ *Niese*, Prozeßhandlungen, S. 90.

⁵⁹⁾ *Goldschmidt*, S. 457. Davon geht wohl auch *R. Bruns* aus, wenn er für die Bewirkungshandlungen die Bezeichnung „Hilfshandlungen“ vorschlägt; vgl. § 20 I 2.

⁶⁰⁾ So *Niese*, aaO.

auf das Urteil bezeichnet werden, wobei einmal die eine und einmal die andere Wirkung überwiegt. Beide Wirkungen treten bei Vorliegen der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen ein, ohne daß es eines weiteren Aktes der Geltendmachung bedarf.

III. Die Wirkung der vor Beginn des Verfahrens vorgenommenen PHen, die als am Rande des Begriffskerns stehend bezeichnet wurden, besteht demgegenüber in der Ermöglichung, bzw. der Vorbereitung des Verfahrens. Der Wirkungsbereich ist hier weiter. Er beginnt bereits mit der Einleitung des Armenrechtsverfahrens usw. Dagegen ist das Wirkungsobjekt inhaltlich das gleiche. Auch diese Handlungen zielen allein auf den Prozeß ab. Um eine innerprozessuale Verfahrensgestaltung hervorzurufen, bedarf es jedoch noch einer weiteren Prozeßhandlung, nämlich der *Einführung* der mit diesen Handlungen erzielten Ergebnisse in das Verfahren. So treten die Wirkungen der §§ 115, 120 nur bei Ausübung des Armenrechts durch Erhebung der Klage ein, und die gem. §§ 36, 37 herbeigeführte Entscheidung hat keine weitere prozessuale Wirkung, wenn eine Klage nicht erhoben wird. Auch das Ergebnis einer vor Klageerhebung im Beweissicherungsverfahren durchgeführten Beweisaufnahme ist für den nachfolgenden Prozeß ohne Bedeutung, wenn keine der Parteien die Beweisverhandlungen im Prozeß „benutzt“⁶¹⁾.

Stellt man auf die Wirkungen *innerhalb* des Verfahrens ab, so kommt diesen der Vorbereitung dienenden Handlungen eine *mittelbar* verfahrensgestaltende Wirkung zu. Die Verfahrensgestaltung ist nicht *allein* auf die Geltendmachung zurückzuführen. Diese ist hier nur *Form*, entscheidend für die verfahrensgestaltende Wirkung ist der prozessuale *Gehalt* des Geltendgemachten, d. h. der prozessuale *Inhalt* der mit diesen Handlungen vor Beginn des Verfahrens erzielten Ergebnisse.

Faßt man das Charakteristische der prozeßgestaltenden Wirkung weiter und versteht mit *Sauer*⁶²⁾ darunter auch die unmittelbare Vorbereitung des Verfahrens, so kann man die Wirkung des Armenrechtsgesuchs usw. eine *unmittelbare* nennen. Methodisch wäre es jedoch für unsere Untersuchung verfehlt, den Inhalt der „Prozeßgestaltung“ von vornherein so weit zu fassen. Es gilt erst zu beweisen, ob und inwieweit die das Verfahren vorbereitenden Handlungen, wie z. B. der Prorogationsvertrag und die Erteilung der Prozeßvollmacht PHcharakter haben. Die am Rande des Begriffskerns stehenden PHen nötigen nicht zu einer solchen allgemeinen Erweiterung des Wirkungs-

⁶¹⁾ § 493.

⁶²⁾ Prozeßrechtslehre, § 9 II.

§ 9. Typische Wirkungen der Prozeßhandlungen

bereichs der PHen. Aus der gesetzlichen Regelung der §§ 36, 37, 114 ff., 485 ff. kann ein solcher Schluß nicht gezogen werden⁶³⁾). Der PHcharakter der diese Vorverfahren betreffenden Parteihandlungen ließe sich — ganz abgesehen von der Bestimmung des § 78 Abs. 2 — logisch auch damit begründen, daß sie im Gegensatz zu den hinsichtlich ihrer Rechtsnatur umstrittenen Parteihandlungen in einem von der Prozeßordnung geregelten *Verfahren* vorgenommen werden.

Sind die vor Beginn des Verfahrens vorgenommenen PHen als Ausgangspunkt für unsere Untersuchung auch nicht geeignet, so kann doch die Erkenntnis, daß ihre verfahrensgestaltende Wirkung auf dem prozessualen Gehalt der mit ihnen erzielten Ergebnisse beruht, für die Bestimmung der Rechtsnatur der außerhalb des Verfahrens vorgenommenen Parteihandlungen von Nutzen sein.

IV. Zur Feststellung, ob die typische Wirkung einer Parteihandlung in der Gestaltung des Verfahrens oder der materiellen Rechtslage liegt, sind die bloßen Nebenwirkungen auszuschneiden. Bei den umstrittenen Parteihandlungen ist das nicht immer leicht, haben doch schon die zum Begriffskern gehörenden PHen weitgehend bürgerlichrechtliche Nebenwirkungen. Diese Schwierigkeit nötigt jedoch nicht dazu, wie *Niese*⁶⁴⁾ meint, der „Wirkung“ die entscheidende Bedeutung für die Bestimmung der Rechtsnatur überhaupt abzusprechen. *Niese* sagt selbst, daß das bürgerliche Recht die Nebenfolgen „in seinem Bereich auf eigene Faust“⁶⁵⁾ an eine PH anknüpfe. Es handelt sich hierbei um eine selbständige Regelung des bürgerlichen Rechts. Dieses bestimmt unabhängig von der prozessualen Regelung darüber, ob und inwieweit es an prozessuale Vorgänge Rechtsfolgen anknüpfen will. So hat z. B. die Klagezurücknahme nicht, wie im prozessualen Bereich, den Fortfall der gesamten Entwicklung zur Folge, den das materielle Recht durch den Prozeß erfährt⁶⁶⁾). Das zeigen die Bestimmungen der §§ 212 Abs. 2⁶⁷⁾, 284 BGB⁶⁸⁾). Die selbständige Regelung des bürgerlichen Rechts nötigt andererseits nicht dazu, dem Anknüpfungspunkt, also der prozessualen Tatsache der PH, für den Bereich des bürgerlichen Rechts eine materiellrechtliche Qualifikation zuzusprechen. Die Klage trägt im Zusammenhang des § 284 BGB nicht den „zweifachen Charakter als Prozeßhandlung und als privatrechtliche Mah-

⁶³⁾ A. A. *Deinhardt*, S. 25 f.

⁶⁴⁾ Prozeßhandlungen, S. 85.

⁶⁵⁾ AaO. S. 56.

⁶⁶⁾ A. A. *Niese*, aaO. S. 45.

⁶⁷⁾ Vgl. v. *Hippel*, ZZP 65, 426, gegen *Niese*.

⁶⁸⁾ *Grabner*, ZZP 48, 544; *Deinhardt*, S. 18.

nung“, wie *Deinhardt* meint⁶⁹⁾. Das BGB knüpft vielmehr an die prozessuale Tatsache der Klage an und stellt diese der Mahnung gleich. Hier zeigt sich der gleiche Vorgang, der umgekehrt für das Prozeßrecht bereits festgestellt wurde: das Zivilrecht greift auf das Prozeßrecht zurück. Der Versuch, diesen Vorgang in einen rein bürgerlichrechtlichen umzudeuten, erklärt sich aus dem Bestreben, Prozeßrecht und bürgerliches Recht streng zu trennen. Daß die von *Deinhardt* vertretene Ansicht nicht haltbar ist, ergibt sich schon daraus, daß die Wirkung des § 284 BGB auch dann eintritt, wenn in der Klage eine Aufforderung an den Gegner, wie sie der Mahnung eigentümlich ist, nicht zum Ausdruck kommt.

Zur Lösung der oft schwierigen Frage, wie die typischen Wirkungen von den bloßen Nebenwirkungen unterschieden werden können, hat *Lent*⁷⁰⁾, wie schon erwähnt, einen Weg aufgezeigt: es ist zu prüfen, „welche Wirkung die primäre, charakteristische, nicht wegzudenkende und welche nur aus der anderen abgeleitet, sekundär, begrifflich entbehrlich ist“. Um dies erkennen zu können, ist, wie schon näher ausgeführt⁷¹⁾, die Funktion der betreffenden Parteihandlung festzustellen.

V. Von den „Nebenwirkungen“ einer PH sind die materiellen Rechtsfolgen eines bürgerlichen Rechtsgeschäfts zu unterscheiden, das gleichzeitig mit einer PH, mit der zusammen es als ein einheitlicher Lebensvorgang erscheint, vorgenommen wird. Während die „Nebenwirkungen“ an einen prozessualen Tatbestand anknüpfen, treten diese materiellen Rechtsfolgen auf Grund eines bürgerlichrechtlichen Tatbestands ein. Das Zivilrecht greift hier nicht auf das Prozeßrecht zurück. Der Zusammenhang mit der PH ist nur ein tatsächlicher, zufälliger, der deshalb möglich ist, weil die Parteien auch während des Verfahrens über das streitige materielle Recht verfügen können. Durch diesen *äußeren* Zusammenhang erlangt die PH noch keine Doppelnatur⁷²⁾. Es handelt sich nicht um *einen* Tatbestand mit Rechtsfolgen, die zwei Rechtsordnungen angehören⁷³⁾, sondern um einen in *tatsächlicher* Hinsicht einheitlichen Lebensvorgang, der vom Standpunkt der verschiedenen Rechtsordnungen aus verschiedene *rechtlich* bedeutsame Tatbestände umfaßt. So wie eine Parteihandlung, die für das Prozeßrecht den Charakter einer PH hat, unter strafrechtlichen Gesichtspunkten ein Delikt sein kann, wenn die Vor-

⁶⁹⁾ AaO. S. 17; gegen diese Auffassung bereits *Hellwig*, Prozeßhandlung, S. 61 Anm. 11 a; vgl. auch *Kohler*, ZZP 29, 5.

⁷⁰⁾ Zivilprozeßrecht, § 29 IV.

⁷¹⁾ S. oben S. 69.

⁷²⁾ Vgl. *Schiedermair*, Prozeßvereinbarungen, S. 40, 187.

⁷³⁾ Vgl. *Hellwig*, Syst. I, § 144 III 3 (S. 423).

§ 9. Typische Wirkungen der Prozeßhandlungen

aussetzungen gegeben sind, kann sie vom Standpunkt des bürgerlichen Rechts aus gleichzeitig ein Rechtsgeschäft sein. Die h. L. spricht von der Doppelnatur einer PH dann, wenn *ein* Tatbestand vorliegt, an den die Rechtsordnung sowohl materiellrechtliche als auch prozessuale Rechtsfolgen anknüpft⁷⁴⁾. Damit ist jedoch nicht viel gewonnen, da es oft unklar ist, wann nur ein Tatbestand und wann zwei verschiedene Tatbestände vorliegen. Um die *rechtliche* Einheit eines Tatbestands von der *tatsächlichen* zu unterscheiden, wird man besser darauf abstellen, ob die prozessualen und materiellrechtlichen Rechtsfolgen begriffsnotwendig gemeinsam eintreten *müssen*, wenn die PH Wirksamkeit erlangen soll, oder ob die Doppelwirkung im konkreten Einzelfall zwar eintreten kann, es aber nicht zu tun braucht. Nur im ersten Fall kommt der PH eine Doppelnatur zu. Vielfach wird von einer Doppelnatur aber auch dann gesprochen, wenn im *konkreten* Einzelfall sowohl materiellrechtliche als auch prozessuale Wirkungen eintreten⁷⁵⁾, ohne daß dies dem abstrakten Sinn und Zweck der betreffenden prozessualen Befugnis nach begriffsnotwendig ist. Hier ist die materiellrechtliche Wirkung mehr eine „zufällige Begleiterscheinung“⁷⁶⁾. Für einige der umstrittenen Parteihandlungen, wie z. B. die Vornahme einseitiger Gestaltungsgeschäfte im Prozeß, wird vielfach eine solche Doppelnatur angenommen. Ob einer Handlung *begriffsnotwendig* eine Doppelwirkung zukommt, läßt sich nur an Hand der Funktionen der betreffenden Handlung klären. Ergibt sich dabei, daß die Parteihandlung zur Erfüllung ihrer prozessualen Funktion eine materielle Funktion haben *muß*⁷⁷⁾, so ist die Auffassung von der Doppelnatur⁷⁸⁾ der betreffenden Handlung berechtigt. Besondere Bedeutung hat diese Frage für den Prozeßvergleich, dessen Doppelfunktionalität durch die Möglichkeit eines abstrakten Prozeßbeendigungsvertrags, wie er von *Hellwig*⁷⁹⁾ und neuerdings von *Poble*⁸⁰⁾ und *Schwarzer*⁸¹⁾ anerkannt wird, in Frage gestellt ist.

⁷⁴⁾ Vgl. für viele *Schiedermair*, aaO.; *Oertmann*, Aufrechnung, S. 33, nimmt dagegen auch bei einem „Doppeltatbestand“ eine „Doppelnatur“ an.

⁷⁵⁾ Vgl. u. a. *Hellwig*, Syst. I, S. 628; offenbar auch *Enneccerus-Nipperdey*, § 145 III.

⁷⁶⁾ *Poble*, MDR 1951, 702.

⁷⁷⁾ Vgl. *Niese*, Prozeßhandlungen, S. 56.

⁷⁸⁾ Die Bezeichnung „Doppelnatur“ ist nicht irreführend, wie *Alberti*, DGWR 1941, 175, meint, denn sie kennzeichnet treffend den inneren Zusammenhang beider Wirkungen.

⁷⁹⁾ Syst. I, S. 628 Anm. 11, vgl. auch *Hellwig-Oertmann*, Syst. II, S. 179.

⁸⁰⁾ *Revista de Derecho Privado* 1954 Nr. 442, S. 1 ff.

⁸¹⁾ aaO. S. 33 ff., 49 ff.

§ 10. Die typischen Funktionen der Prozeßhandlungen

I. Die mehrfach erwähnte Bedeutung der Funktion der PH für die Begriffsbestimmung macht es erforderlich, diesen so häufig verwandten, aber nicht immer klar⁸²⁾ herausgearbeiteten Begriff für den PHbereich näher zu untersuchen.

Der Funktionsbegriff hat in den einzelnen Wissenschaftszweigen eine ganz verschiedene Bedeutung⁸³⁾. Im Bereich des Rechts ist darunter die Aufgabe zu verstehen, die einem Rechtsinstitut im Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung und des einzelnen Teilgebiets zukommt⁸⁴⁾. Der engere Rahmen, in dem die Funktionen der PH zur Geltung kommen, ist der Prozeß. Zur Klärung des typischen Inhalts dieser Funktionen bedarf es einer Analyse des inneren Zusammenhangs zwischen Prozeß und PH und einer Abgrenzung der prozessualen von den materiellen Funktionen einer Parteihandlung.

II. Im allgemeinen werden die PHen funktionell entweder mit dem *Prozeßzweck* oder mit dem *Betrieb* des Verfahrens, also der konkreten Prozeßentwicklung, in Beziehung gesetzt⁸⁵⁾. Unter dem Gesichtspunkt des organischen Aufbaus der Rechtsordnung haben beide Auffassungen ihre Berechtigung. Setzt man die PHen als Teile des Prozesses zu dem „empirischen Zweck der ganzen komplizierten, in den Prozeßrechtssätzen aufgebauten Maschine“ in „funktionelle Abhängigkeit“⁸⁶⁾, so wird deutlich, in welcher Weise die Funktionen der PHen an der Funktion des Prozesses innerhalb der Gesamtrechtsordnung teilhaben⁸⁷⁾. Dagegen können vom Prozeßzweck her nicht die konkreten Funktionen der PHen für den Prozeß als die nähere Stufe innerhalb des organischen Aufbaus bestimmt werden. Diese können sich nur aus der Stellung der PHen innerhalb des Entwicklungsvorgangs des Prozesses selbst ergeben.

Beide Gesichtspunkte sind für das Verständnis der Funktionen der PHen unentbehrlich. Vom Prozeßzweck her lassen sich die allen Prozeßhandlungen

⁸²⁾ Vgl. dazu v. Hippel, ZJP 65, 425; Pohle, MDR 1951, 702; Riezler, der für die Qualifikation einer Rechtshandlung entscheidend auf die Funktion abstellt, läßt offen, worin die prozessuale Funktion der PH besteht, vgl. Internationales Zivilprozeßrecht und prozessuales Fremdenrecht, S. 105.

⁸³⁾ Vgl. unter dem Stichwort „Funktion“: Brockhaus, 16. Aufl., 1954; Brugger, Philosophisches Wörterbuch, 3. Aufl., Freiburg 1950; Metzke, Handlexikon der Philosophie, Heidelberg 1949.

⁸⁴⁾ Vgl. Sauer, Juristische Methodenlehre, § 41.

⁸⁵⁾ S. oben S. 57 f.

⁸⁶⁾ Hegler, GerS 93, 447.

⁸⁷⁾ Hegler spricht von der Funktion im „Zweckganzen“ des Zivilprozesses, vgl. Beiträge, S. 282; ebenso Süss, Erkenntnis, S. 97.

innewohnenden generellen Funktionen⁸⁸⁾ des Rechtgebens — für die Richterhandlungen — und des Rechtnehmens (Rechtsuchens) — für die Parteihandlungen — erklären, sind doch beide Funktionen Ausdrucksformen der Beteiligung von Gericht und Parteien an der mit dem Prozeß bezweckten Herbeiführung einer gerechten, der wahren Sachlage entsprechenden Entscheidung.

Die Funktion des „Rechtgebens“ erfordert nur, daß das ideale Ziel⁸⁹⁾ der Verwirklichung des objektiven Rechts vom Gericht bei der Entscheidung „angestrebt“⁹⁰⁾ wird. Es ist *Sax*⁹¹⁾ darin zuzustimmen, daß das Rechtspflegeorgan seine Justizgewährungspflicht nicht erst dann erfüllt, wenn die Entscheidung tatsächlich der wahren Sachlage entspricht, sondern schon dann, wenn es den „Konfliktsfall auf einem für ihn vorgesehenen *möglichen* Verfahrensweg im Rahmen des *möglichen* materiellen Rechts“ behandelt und entscheidet. Die Funktion des Rechtgebens wird daher auch bei einer unrichtigen Entscheidung ausgeübt. Ein solches Urteil verstößt zwar gegen das ideale Ziel des Prozesses, gegen seine „Idee“⁹²⁾, der Prozeß funktioniert aber auch hier, er funktioniert nur nicht „richtig“⁹³⁾.

Auch die Funktion des „Rechtnehmens“ ist auf das im Prozeßzweck verkörperte ideale Ziel ausgerichtet. Sie findet ihren konkreten Niederschlag in der *Mitwirkung* der Parteien an der Bewährung des objektiven Rechts innerhalb der Arbeitsgemeinschaft zwischen Parteien und Gericht und in der *Einwirkung* der Parteien auf die Verwirklichung des Rechts durch das Gericht. Auf diese Funktionen ist die Beteiligung der Parteien an der zwangsweisen Verwirklichung des Rechts beschränkt, seitdem an die Stelle der Selbsthilfe die Rechtsschutzgewährung durch den Staat getreten ist. Wieweit den Parteien eine Mitwirkungs- und Einwirkungsmöglichkeit zusteht, wie also die Rollen bei der Herbeiführung eines der wahren Sachlage möglichst entsprechenden Urteils verteilt sind, ist eine Frage des positiven Rechts. Sie richtet sich nicht nur nach Zweckmäßigkeit Gesichtspunkten⁹⁴⁾, sondern auch nach psychologischen⁹⁵⁾ und rechtspolitischen Erwägungen⁹⁶⁾. Die generelle Funktion des Rechtnehmens wird mit einer PH auch dann ausgeübt, wenn sie im

⁸⁸⁾ S. oben S. 17; vgl. *E. Schmidt*, Lehrkommentar, S. 100 Nr. 189.

⁸⁹⁾ Vgl. *Süss*, Anerkenntnis, S. 101.

⁹⁰⁾ *Hegler*, GerS 93, 448 Anm. 5; Beiträge, S. 248 f.

⁹¹⁾ ZZP 67, 40.

⁹²⁾ Vgl. *Sauer*, Grundlagen, S. 51.

⁹³⁾ *Hegler*, aaO.; *Sax*, aaO. S. 49.

⁹⁴⁾ Vgl. *Baur*, AcP 153, 402.

⁹⁵⁾ *Hegler*, AcP 133, Beih. S. 239.

⁹⁶⁾ *Hegler*, aaO. S. 241; vgl. auch *Sax*, aaO. S. 46.

konkreten Einzelfall dem idealen Prozeßziel widerspricht. Die Funktion einer PH wird nicht durch den mit ihr verfolgten subjektiven Zweck, sondern durch den abstrakten Gesetzeszweck der betreffenden prozessualen Befugnis bestimmt⁹⁷⁾. Ebenso wie bei einer unrichtigen Entscheidung die Funktion des Rechtgebens ausgeübt wird, kommt auch der unwahren Behauptung einer Partei, auf die unter Umständen die unrichtige Entscheidung zurückzuführen ist, die Funktion des Rechtnehmens zu. Auch hier wird die prozessuale Befugnis nur nicht „richtig“ ausgeübt.

Mehr als diese ganz allgemeinen Funktionen der PHen lassen sich jedoch mit dem „Prozeßzweck“ nicht erklären. Es ist v. Hippel⁹⁸⁾ darin zuzustimmen, daß sich aus einer allgemeinen „Wesensschau“⁹⁹⁾ vom Prozeß und seinem Zweck allein keine Lösungen für die einzelnen Vorgänge des Prozesses finden lassen. Das schließt nicht aus, daß der „Prozeßzweck“ zur Lösung eines Einzelproblems mit herangezogen werden kann. Zur Klärung der typischen Einzelfunktionen der PHen ist auf den konkreten Vorgang des Verfahrens selbst, also die Prozeßentwicklung abzustellen.

Die Einzelfunktionen der PHen lassen sich auch nicht aus dem „Urteilszweck“ erklären. Eine Ableitung der Funktionen aus dem „Urteilszweck“ würde der Verschiedenheit der Rollen nicht gerecht, die den Prozeßbeteiligten bei dem Vorgang des Rechtnehmens und des Rechtgebens zukommen. Ebensowenig wie die Urteilswirkung eine Wirkung der PHen ist, mag man auch davon sprechen, daß diese durch das Urteil und mit seiner Kraft wirken, ist die dem Sachurteil zukommende Doppelfunktionalität¹⁰⁰⁾ den PHen eigentümlich oder vermag nur einen Aufschluß über die Funktionen der PHen zu geben. Die typischen Funktionen der PHen erstrecken sich auf den innerprozessualen Bereich, eine Eigenart, die auch für die Wirkungen der PHen festgestellt wurde. Für unsere Untersuchung ist daher das Rechtskraftproblem ohne Bedeutung.

Setzt man die PHen in Beziehung zu der Prozeßentwicklung, so zeigt sich die reiche Differenziertheit¹⁰¹⁾ dieses dynamischen Vorgangs. Innerhalb der Prozeßentwicklung üben die einzelnen PHen die verschiedensten Funktionen aus, die bald so mannigfaltig sind wie die Inhalte der PHen¹⁰²⁾. Diese Einzel-

⁹⁷⁾ Vgl. Rosenberg, Stellvertretung, S. 61 f.

⁹⁸⁾ Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozeß, S. 171 ff. Anm. 13.

⁹⁹⁾ v. Hippel, ZZP 65, 425.

¹⁰⁰⁾ Niese, Prozeßhandlungen, S. 42 ff.; zustimmend Pohle, MDR 1951, 702.

¹⁰¹⁾ v. Hippel, Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozeß, S. 173 Anm. 13.

¹⁰²⁾ Vgl. Walsmann, AcP 102, 15.

funktionen entsprechen dem abstrakten Gesetzeszweck der jeweiligen prozessualen Befugnis, die mit der PH ausgeübt wird. Um das Typische dieser Funktionen zu erkennen, ist die Stellung der PHen innerhalb der Prozeßentwicklung im ganzen zu klären.

Ist die von *Goldschmidt* vorgenommene Einteilung der PHen in Bewirkungs- und Erwirkungshandlungen auch als Grundlage für die Aufstellung prozessualer Wertkategorien von großer Bedeutung, so ergibt sich aus ihr für unsere Betrachtung nur die Stellung der PHen zum *Urteil*. Eine Aussage über die funktionelle Stellung der PHen *innerhalb der Prozeßentwicklung* wird mit dieser Einteilung nicht gemacht¹⁰³⁾. Auf sie kommt es aber für die Erkenntnis des Funktionszusammenhangs an.

Um Aufschluß über den typischen *Inhalt* der einzelnen PH-Funktionen zu gewinnen, die sich uns generell als Mitwirkung der Parteien an der Bewährung des objektiven Rechts und als Einwirkung auf die Verwirklichung des Rechts durch das Gericht darstellten, ist von dem konkreten Vorgang des Rechtgebens durch das Gericht in Form des Sachurteils auszugehen, zu dem die Funktion des Rechtnehmens in Abhängigkeit steht. Die innere Entwicklung dieses sich auf seiten des Gerichts abspielenden Vorgangs, die über ein justizförmiges Verfahren bei Vorliegen der Sachurteilsvoraussetzungen zur Sachentscheidung auf Grund des Prozeßstoffes führt, spiegelt sich in dem prozessualen Verhalten der Parteien, das auf die erwartete richterliche Tätigkeit ausgerichtet ist, wider. Jedem Teilvorgang der Findung des Sachurteils entspricht eine typische Funktion der PH als Ausdruck der Beteiligung an der Entwicklung des Verfahrens zum Sachurteil hin. Der Sachentscheidung selbst entspricht auf seiten der Parteien die Herbeiführung des Sachurteils durch die Bestimmung des Streitgegenstands¹⁰⁴⁾ und Schaffung der Urteilsgrundlage. Diese Funktion üben z. B. die Sachanträge und die Behauptungen aus. Der Feststellung der Sachurteilsvoraussetzungen durch das Gericht entspricht die Ermöglichung oder Verhinderung des Sachurteils durch die Parteien, soweit dies ihrer Dispositionsbefugnis unterliegt. Eine solche Funktion

¹⁰³⁾ Vgl. auch *Sax*, aaO. S. 24 Anm. 11.

¹⁰⁴⁾ Eine Stellungnahme zu dem Begriff des Streitgegenstands ist im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht möglich und auch nicht erforderlich; vgl. dazu neuerdings *Schwab*, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, München, Berlin 1954; *Nikisch*, AcP 154, 271 ff.; *A. Blomeyer*, Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag in Berlin, Berlin, Frankfurt 1955, S. 51 ff.; *Habscheid*, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Bielefeld 1956; *R. Bruns*, Zur Struktur des Prozesses, Festschrift für Schmidt-Rimpler, unter II 2 nach Anm. 25.

üben z. B. die Einrede der Unzuständigkeit und der Verzicht auf diese Einrede aus. Der Urteilsherbeiführung in einem justizförmigen Verfahren entspricht die Betreibung des Verfahrens durch die Parteien, wie es vor allem in den Prozeßanträgen¹⁰⁵⁾ und den Bewirkungshandlungen zum Ausdruck kommt.

Der innere Zusammenhang dieser drei Funktionen entspricht nicht der von *Sauer*¹⁰⁶⁾ für den ganzen Prozeß aufgestellten *dreigliedrigen* Entwicklungslinie Verfahren — Verfolgung — Sachgestaltung, bei der die untere Stufe jeweils Mittel und Form der nächst höheren ist. Inhaltlich stehen sich bei der hier vertretenen Auffassung einerseits die das *Verfahren* betreffenden Funktionen der Prozeßbetreibung sowie der Ermöglichung bzw. der Verhinderung des Sachurteils und andererseits die sich auf den *prozessualen Anspruch* beziehende und seiner Begründung dienende Funktion der Herbeiführung des Sachurteils durch Bestimmung des Streitgegenstandes und Schaffung der Urteilsgrundlage gegenüber. Unter dem Gesichtspunkt der Entwicklung des Verfahrens zum Sachurteil ist die Entwicklungslinie eine *zweigliedrige*. Bleibt diese Entwicklung stecken, so kommt es lediglich zum Prozeßurteil. Dadurch wird aber die Funktion der Ermöglichung, bzw. Verhinderung des Sachurteils nicht auf eine Ebene mit der Funktion der Herbeiführung des Sachurteils gestellt. Die Verschiedenheit beider Funktionen zeigt sich daran, daß sich Voraussetzungen und Zulässigkeit „auf die Vorbedingungen des richterlichen Wertungsverfahrens, die Sache und die Begründung dagegen auf den Inhalt der richterlichen Wertung“ beziehen¹⁰⁷⁾. Zwischen den beiden Gliedern der Entwicklungslinie besteht insofern ein Zusammenhang, als das Verfahren der Weg ist, auf dem die Urteilsgrundlage hergestellt wird.

III. Für unsere Untersuchung ist von entscheidender Bedeutung, worin sich die zum Begriffskern gehörenden PHen funktionell von den materiellrechtlichen Verfügungen der Parteien unterscheiden. Bei einer solchen Gegenüberstellung wird am deutlichsten sichtbar, welche Umstände für die hier aufgezeigten prozessualen Funktionen im konkreten Einzelfall bestimmend sind.

Bezüglich der letzten der aufgezeigten drei Funktionen, der Prozeßbetreibung, ist eine Unterscheidung am einfachsten. Während die Aufgabe einer bürgerlichrechtlichen Handlung regelmäßig in der Schaffung eines *Rechts-*

¹⁰⁵⁾ Vgl. *Nikisch*, § 54 II 1 b.

¹⁰⁶⁾ Grundlagen, S. 110 ff., Prozeßrechtslehre, § 9 III; zustimmend u. a. *Sauerländer*, JW 1930, 121; ablehnend *Beling*, ZStrW 42, 261 ff.; *Siebert*, Jud 5, 175, der nur eine zweigliedrige Entwicklungslinie gelten läßt.

¹⁰⁷⁾ *Sauerländer*, aaO. S. 120. Über die Schwierigkeit dieser Abgrenzung *R. Bruns*, AcP 151, 186.

§ 10. Typische Funktionen der Prozeßhandlungen

zustands besteht, ist die Prozeßbetriebshandlung lediglich auf die Herbeiführung einer innerprozessualen *Situation* gerichtet. Wenn auch zwischen den Parteien im Prozeß in gewissem Umfange echte Pflichten und Rechte entstehen¹⁰⁸⁾, so handelt es sich doch nicht um privatrechtliche Ansprüche, die im Wege der Klage verfolgt werden könnten. Diese prozessualen Rechte stehen in keinem inneren Zusammenhang mit dem streitigen materiellen Rechtsverhältnis. Die Parteien sind prozessual auch dann zu einem Verhalten nach Treu und Glauben verpflichtet, wenn ein materielles Rechtsverhältnis zwischen ihnen in Wahrheit nicht besteht.

Die dem Prozeßbetrieb dienenden PHen sind nicht dazu bestimmt, auf die materielle Rechtslage einzuwirken. Sie betreffen nur die Art und Weise der Durchsetzung des streitigen Anspruchs. Umgekehrt haben die materiellrechtlichen Handlungen keine funktionelle Bedeutung für die Prozeßentwicklung, wenn man von dem umstrittenen Prozeßvergleich absieht. Zwar wirken die materiellrechtlichen Handlungen auf den Inhalt des Urteils ein, wenn sie als Tatsache in den Prozeß eingeführt und damit zum Prozeßstoff werden. Dadurch ändert sich aber nichts an der materiellen Funktion der bürgerlichrechtlichen Handlung. Eine prozessuale Funktion kommt lediglich der Einführungshandlung, also der *Geltendmachung* zu. Nur sie, nicht die bürgerlichrechtliche Handlung, ist auf die Schaffung der Urteilsgrundlage gerichtet. Umgekehrt werden die auf den Prozeßbetrieb gerichteten PHen zur Urteilsgrundlage, ohne daß es dazu eines weiteren Aktes der Geltendmachung bedarf. Daran zeigt sich, daß die Funktion einer Parteihandlung durch den Vorgang der Einführung in den Prozeß inhaltlich nicht berührt wird.

Schwieriger ist die Abgrenzung der prozessualen von der materiellen Funktion bei den auf die Ermöglichung bzw. Verhinderung des Sachurteils gerichteten Parteihandlungen. Das gilt allerdings nicht für die zum Begriffskern gehörenden PHen wie z. B. die Einrede der Unzuständigkeit. Sie beziehen sich offensichtlich nicht auf den materiellrechtlichen Anspruch selbst, sondern auf die urteilsmäßige Verwirklichung des Anspruchs, indem sie die Vorbedingungen des richterlichen Wertungsverfahrens entweder schaffen oder nehmen. Zur Feststellung der Funktionen der umstrittenen Grenzfälle wie des Prorogationsvertrags und des Schiedsvertrags ist von dem materiellen Rechtsverhältnis als dem Kern auszugehen. Jeder zu dem Rechtsverhältnis hinzukommende Vorgang, der die Ermöglichung oder die Verhinderung der prozessualen Durchsetzung dieses Anspruchs betrifft, ist daraufhin zu unter-

¹⁰⁸⁾ Vgl. *Lent*, ZZP 67, 355 f.

suchen, ob er sich von dem materiellen Rechtsverhältnis abheben läßt und ob ihm dann eine *selbständige* Bedeutung zukommt¹⁰⁹⁾.

Wie es für diese Funktion auf das Maß der sachlichen Verknüpfung mit dem materiellen Anspruch bzw. dem Verfahren ankommt, kann ganz allgemein die *sachliche* Nähe zu dem Verfahren als ein Kriterium für die Verfahrensfunktion einer Parteihandlung angesehen werden. Bei den zum Begriffskern gehörenden PHen wird dies durch die Vornahme innerhalb des Verfahrens offensichtlich¹¹⁰⁾. Auch die am Rande des Begriffskerns stehenden PHen, wie das Armenrechtsgesuch usw., stehen zu dem Verfahren in einem nahen sachlichen Zusammenhang, da der einzige Sinn dieser Anträge in der Vorbereitung und Ermöglichung des Verfahrens liegt. Je lockerer dieser sachliche Zusammenhang, je entfernter die Vorbereitungen für das Verfahren, desto mehr spricht für eine materielle Funktion der betreffenden Handlung¹¹¹⁾, wobei sich diese nicht unbedingt auf das streitige materielle Rechtsverhältnis zu erstrecken braucht, wie das Beispiel der Reise zum Anwalt zeigt¹¹²⁾. Diese steht mit dem Verfahren selbst in einem nur ganz entfernten Zusammenhang. An ihrer rein materiellen Funktion ändert sich nichts dadurch, daß sie Auswirkungen auf die Kostenfestsetzung haben kann, falls die mit ihr entstandenen Kosten in dem Kostenfestsetzungsgesuch geltend gemacht werden. Auch die als Prozeßstoff in das Verfahren eingeführten materiellrechtlichen Tatsachen wirken auf den Inhalt des Urteils ein, ohne daß sich dadurch an ihrer grundsätzlich materiellrechtlichen Funktion etwas ändert. Bei einer funktionellen Betrachtungsweise ist daher der PHcharakter der Reise zum Anwalt zu verneinen¹¹³⁾.

Einen gewissen Anhaltspunkt für die Funktion einer Parteihandlung vermag neben der *sachlichen* auch die *zeitliche* Nähe zum Verfahren zu geben. Dabei ist natürlich nicht der zeitliche Abstand gemeint, wie er sich im konkreten Einzelfall zufällig ergibt, denn sonst würde sich die Funktion des Prorogationsvertrags danach richten, ob er im Einzelfall lange oder erst kurz vor Beginn des Verfahrens abgeschlossen worden ist, sondern entscheidend kann nur der zeitliche Abstand sein, wie er im Normalfall erfahrungsgemäß be-

¹⁰⁹⁾ Vgl. R. Bruns, AcP 151, 187, zur Abgrenzung der Sachurteilsvoraussetzungen von den zur Sachbegründung gehörenden Erfordernissen.

¹¹⁰⁾ Damit soll die „Vornahme im Prozeß“ nicht zum Begriffsmerkmal erhoben werden; vgl. dazu oben S. 35.

¹¹¹⁾ Vgl. Sauer, Prozeßrechtslehre, § 9 II 2.

¹¹²⁾ Sauer, aaO.

¹¹³⁾ Im Ergebnis ebenso Rosenberg, § 59, 1; Wieczorek, § 38 B II d 1; a. A. Stein-Jonas-Schönke-Pohle, IV 1 b vor § 128 zu N 42 a.

steht. Je unbestimmter diese zeitliche Beziehung zum Prozeß ist, desto weniger spricht für eine Verfahrensfunktion der betreffenden Handlung. Eine ganz bestimmte zeitliche Beziehung zum Prozeß kann für den PHBegriff allerdings ebenso wenig gefordert werden wie ein bestimmter örtlicher Zusammenhang mit dem Verfahren¹¹⁴⁾. Die zeitliche Nähe soll nur einen Anhaltspunkt für die Funktion der einzelnen Parteihandlung geben. Ein enger zeitlicher Zusammenhang zeigt sich deutlich bei dem Armenrechtsgesuch und dem Gesuch gem. §§ 36, 37. Beide Gesuche gehen erfahrungsgemäß dem Verfahren unmittelbar voraus, wenn sie nicht überhaupt erst nach Beginn des Verfahrens gestellt werden. Bei dem Beweissicherungsantrag ist der zeitliche Zusammenhang dagegen lockerer. Hier besteht jedoch ein enger sachlicher Zusammenhang mit dem Prozeß.

Die prozessuale Funktion der Herbeiführung des Sachurteils durch Bestimmung des Streitgegenstands und Schaffung der Urteilsgrundlage hebt sich deutlich von der materiellen Funktion der das streitige Rechtsverhältnis betreffenden Handlung ab. Der funktionelle Unterschied zeigt sich schon an der Verschiedenheit der Gestaltungsobjekte: auf der einen Seite der materiellrechtliche Anspruch und auf der anderen der unabhängig davon bestehende prozessuale Anspruch. Schwierigkeiten entstehen nur da, wo scheinbar eine Verknüpfung beider Funktionen vorliegt, wie es häufig für Anerkenntnis und Verzicht angenommen wird. Von einer Doppelfunktionalität könnte in diesen Fällen, wie schon erwähnt, nur dann gesprochen werden, wenn die Parteihandlung zur Erfüllung ihrer prozessualen Funktion gleichzeitig eine materielle Funktion haben *muß*. Nur dann besteht eine enge Zweckbeziehung zwischen der materiellen und der prozessualen Funktion, wie sie *Niese* als Voraussetzung der Doppelfunktionalität fordert¹¹⁵⁾. Die von *Sax* vorgenommene Beschränkung des Begriffs der „doppelfunktionellen Prozeßhandlung“ auf „nur prozessual zu bewertende, prozeßgestaltende Betätigungen“, die „gleichzeitig selbst einen Tatbestand des materiellen Rechts darstellen“¹¹⁶⁾, ist danach noch nicht eng genug.

¹¹⁴⁾ Hierin ist *Rosenberg*, Stellvertretung, S. 60, zuzustimmen.

¹¹⁵⁾ Prozeßhandlungen, S. 56.

¹¹⁶⁾ AaO. S. 52.

II. TEIL

Die unterschiedliche Regelung hinsichtlich der Voraussetzungen bei Prozeßhandlungen und materiellrechtlichen Parteihandlungen

§ 11. Die selbständige prozessuale Regelung

Die selbständige prozessuale Regelung bezüglich der persönlichen und sachlichen Voraussetzungen derjenigen Parteihandlungen, deren PHcharakter unbestritten ist, kann als *Kriterium* für die Bestimmung der Rechtsnatur der umstrittenen Parteihandlung insoweit verwandt werden, als die prozessuale Regelung von der bürgerlichrechtlichen abweicht. Entspricht die besondere prozessuale Regelung dem abstrakten Zweck einer bestimmten Parteihandlung besser als die Regelung des bürgerlichen Rechts, so spricht dies, wenn man der von der h. L. aufgestellten Definition und damit der Auffassung einer strengen Trennung von Prozeßrecht und Privatrecht grundsätzlich zustimmt, für die prozessuale Natur dieser Handlung. Eine derartige Einzeluntersuchung hat aber auch dann einen Wert, wenn man die Auffassung der h. L. nicht teilt, denn auf diese Weise kann der Kreis derjenigen Parteihandlungen umschrieben werden, die sowohl hinsichtlich der Wirkungen als auch bezüglich der Voraussetzungen den Regeln des Prozeßrechts unterliegen. Es wurde schon ausgeführt, daß diese PHen aus praktischen Gründen auf jeden Fall zu einer besonderen Gruppe zusammenzufassen sind, auch wenn man den PHbegriff weiter faßt.

Als Kriterien sind jedoch nicht alle Unterschiede in der Regelung der Voraussetzungen verwertbar. Es entfallen diejenigen, die der *Natur der Sache* nach die Qualifikation der jeweiligen Parteihandlung *voraussetzen*. Das gilt, wie noch zu zeigen sein wird, für die Frage des Anwaltszwanges und die unterschiedliche Regelung im internationalen und intertemporalen Recht.

Da die Regelung der Voraussetzungen in Lehre und Rechtsprechung bezüglich der meisten Einzelfragen eingehend behandelt ist und in vielem Übereinstimmung besteht, genügt es hier, die Grundzüge aufzuzeigen. Die Einzelprobleme brauchen im allgemeinen nur insoweit erörtert zu werden, als es nötig ist, eine Grundlage für die Überprüfung der umstrittenen Parteihandlungen zu gewinnen.

§ 12. Persönliche Voraussetzungen

Als persönliche PHvoraussetzungen kommen die Parteifähigkeit, die Prozeßfähigkeit, die Postulationsfähigkeit und die Vertretungsmacht in Betracht,

nicht dagegen die Prozeßführungsbefugnis, die nach allgemeiner Ansicht lediglich Prozeßvoraussetzung ist¹⁾.

I. In der Frage, ob die *Parteifähigkeit* überhaupt PHvoraussetzung oder nur Sachurteilsvoraussetzung ist, besteht keine Einigkeit. Die h. L. bezeichnet die Parteifähigkeit als die prozessuale Rechtsfähigkeit²⁾, die bei der Vornahme jeder PH vorhanden sein muß, soll sie prozessual wirksam sein³⁾. Lediglich die in dem Streit um die Frage der Parteifähigkeit vorgenommenen PHen des Parteiunfähigen sollen nach dieser Ansicht prozessual wirksam sein. In dem sog. Zulassungsstreit wird der Parteiunfähige so angesehen, als ob er parteifähig wäre⁴⁾. Demgegenüber lehnt *Nikisch* es ab, die Parteifähigkeit mit den Fähigkeiten des materiellen Rechts auf eine Stufe zu stellen, die Parteifähigkeit sei „vielmehr die Fähigkeit, mit der Wirkung zu klagen oder verklagt zu werden, daß ein Urteil über den vom Kl. erhobenen Anspruch, ein ‚Urteil zur Hauptsache‘ ergehen kann“⁵⁾.

Es braucht hier nicht abschließend erörtert zu werden, ob die Parteifähigkeit *nur* Sachurteilsvoraussetzung ist, wie offenbar *Nikisch*⁶⁾ und ausdrücklich *Abend*⁷⁾ annehmen, da der Unterschied zwischen der Rechtsfähigkeit und der Parteifähigkeit als Kriterium für die Rechtsnatur der umstrittenen Partei-handlungen nicht geeignet ist. Soweit einem nichtrechtsfähigen Gebilde die Parteifähigkeit verliehen ist, erstreckt sie sich auf den gesamten Umfang des Rechtsstreits. Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob die der Prozeßführung dienenden Partei-handlungen bürgerlichrechtlicher oder prozessualer Natur sind. Die Verleihung der Parteifähigkeit durch den Gesetzgeber hat nur dann einen Sinn, wenn gleichzeitig die materielle Rechtsfähigkeit mit-
verliehen wird, soweit dies zur Durchführung des Rechtsstreites erforderlich ist. So muß es z. B. dem Vorstand des nichtrechtsfähigen Vereins möglich sein, eine Prozeßvollmacht zu erteilen und einen Prozeßvergleich⁸⁾ zu schließen,

¹⁾ Vgl. statt aller *Schönke-Schröder-Niese*, § 23 VIII 1.

²⁾ Vgl. für viele *Lent*, § 19 I.

³⁾ Vgl. u. a. *Baumbach-Lauterbach*, § 50, 4 A; *Goldschmidt*, S. 471, für die Bewirkungshandlungen; *Rosenberg*, § 42 III 1b; *Sauer*, Prozeßrechtslehre, § 9 II 3; *Schönke-Schröder-Niese*, § 23 VII; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 56 I 1 zu N 1.

⁴⁾ RGZ 134, 94; 170, 22 ff. (27); *Rosenberg*, § 42 III 4; vgl. auch OVG Lüneburg, NJW 1955, 1207.

⁵⁾ Lb. § 29 I.

⁶⁾ AaO.

⁷⁾ Prozesse nicht prozeßfähiger und nicht existenter Parteien, Dissertation Erlangen 1953 (Maschinenschrift), S. 5 ff.

⁸⁾ So die h. L., vgl. *Lehmann*, Prozeßvergleich, S. 159 mit weiteren Nachweisen; *Rosenberg*, § 128 III 2a; *Schwarzer*, S. 86. A. A. *Nußbaum*, ZZZ 34, 125. Für den abstrakten Prozeßbeendigungsvertrag folgt dies schon aus seiner unbestreitbar prozessualen Natur, vgl. dazu unten S. 195.

II. Teil. Die Regelung der Prozeßhandlungen

gleichgültig, ob man diese Parteiaktionen als PHen ansieht oder nicht. Mit der Verleihung der Parteifähigkeit greift der Gesetzgeber gleichzeitig in das materielle Recht ein⁹⁾. Dieser Eingriff in die Sphäre des bürgerlichen Rechts zeigt sich schon an der Zulassung eines vollstreckbaren Urteils gegen den nichtrechtsfähigen Verein¹⁰⁾. Welche Parteiaktionen der Vorstand des nichtrechtsfähigen Vereins vornehmen darf, ergibt unabhängig von der Frage nach der Rechtsnatur allein eine Auslegung des § 50 Abs. 2.

Selbst wenn man *Abend* darin zustimmen wollte, daß die Parteifähigkeit *nur* Prozeßvoraussetzung ist, da ihre Qualifikation als PHvoraussetzung dem formellen Parteibegriff widerspricht¹¹⁾, wofür ohne Zweifel das praktische Bedürfnis spricht, dem Parteiunfähigen in begrenztem Umfang die wirksame Gestaltung des Verfahrens, z. B. die Klagezurücknahme zu ermöglichen, zwingt zu einer solchen Auffassung nicht der scheinbare Widerspruch, der darin liegt, daß man einerseits die PHen des Parteiunfähigen für unwirksam erklärt und ihn andererseits im Zulassungsstreit als parteifähig behandelt. Eine solche Folgerung müßte man in gleicher Weise für den Prozeßunfähigen ziehen. *Abend*¹²⁾ kommt auch zu diesem logisch konsequenten Ergebnis, ohne sich allerdings mit den praktischen Folgen auseinanderzusetzen. Wie noch zu zeigen sein wird, ist es praktisch untragbar, die Prozeßfähigkeit lediglich als Sachurteilsvoraussetzung und nicht auch als PHvoraussetzung zu behandeln. Es ist nur eine scheinbare Inkonsequenz, wenn man die PHen des Parteiunfähigen im Zulassungsstreit anders bewertet als sonst. *Abend* läßt außer acht, daß der Zulassungsstreit eine besondere prozessuale Situation schafft. Hier ist ausschließlich die Frage der Parteifähigkeit Gegenstand des Streites. Würden die PHen der Partei für unwirksam angesehen werden, bevor der Streit rechtskräftig entschieden ist, ließe sich ein ordnungsgemäßes Verfahren zur Feststellung der Parteifähigkeit überhaupt nicht durchführen. Außerdem würde damit eine erst vom Gericht nach Durchführung des Verfahrens zu treffende Entscheidung vorweggenommen¹³⁾.

II. Wollte man der *Prozeßfähigkeit* mit *Abend* die Eigenschaft einer PHvoraussetzung absprechen, müßten die PHen eines Prozeßunfähigen als wirksam angesehen werden. Das hätte zur Folge, daß der zunächst Prozeßunfähige, der während des Verfahrens prozeßfähig wird, an seiner bisherigen

⁹⁾ A. A. *Nußbaum*, aaO. S. 121.

¹⁰⁾ *Lehmann*, aaO.

¹¹⁾ AaO. S. 15.

¹²⁾ AaO. S. 13.

¹³⁾ *Nußbaum*, aaO. S. 108; vgl. auch OLG Neustadt, ZZP 66, 59, für die Prozeßfähigkeit.

Prozeßführung einschließlich der unwiderruflichen PHen, für die diese Frage praktisch von Bedeutung ist, festgehalten würde. Das widerspricht jedoch den schutzwürdigen Interessen des Minderjährigen. Dienen auch die Vorschriften über die Prozeßfähigkeit nicht nur dem Schutze des Minderjährigen, sondern ebensosehr der ordnungsgemäßen Durchführung des Prozesses¹⁴⁾, so bestehen doch keine überwiegenden Interessen der Rechtspflege und des Prozeßgegners daran, den prozeßfähig Gewordenen an seiner bisherigen Prozeßführung festzuhalten. Der Prozeßgegner muß den durch den Prozeß entstandenen Zeitverlust tragen, denn er hatte die Möglichkeit, die Nachprüfung der Prozeßfähigkeit anzuregen. Kostennachteile entstehen ihm, falls er der Beklagte ist, nicht, da die Kosten eines Prozeßurteils, das bei Verweigerung der Genehmigung der Prozeßführung zu erlassen ist, dem früher prozeßunfähigen Kläger aus dem Grundgedanken der reinen Erfolgshaftung¹⁵⁾ aufzuerlegen sind¹⁶⁾.

Gegen die Qualifikation als PHvoraussetzung spricht es nicht, daß den Handlungen eines Prozeßunfähigen gewisse innerprozessuale Wirkungen zukommen, indem z. B. die Klage den Prozeß eröffnet und zu einem Urteil führt¹⁷⁾. Ohne diese Wirkungen wäre eine richterliche Entscheidung über die Prozeßfähigkeit gar nicht möglich¹⁸⁾. Es ist daher der h. L.¹⁹⁾ darin zuzustimmen, daß die Prozeßfähigkeit nicht nur Sachurteilsvoraussetzung, sondern auch PHvoraussetzung ist.

Ob sich die Regelung der Prozeßfähigkeit als Kriterium für unsere Untersuchung eignet, hängt davon ab, inwieweit sie sich von ihrem materiellrechtlichen Gegenstück, der Geschäftsfähigkeit, unterscheidet.

Der grundsätzliche Unterschied liegt darin, daß es mit Ausnahme der gem. §§ 112, 113 BGB gegenständlich beschränkten²⁰⁾ sonst keine beschränkte Prozeßfähigkeit gibt. Diese Frage ist umstritten. Die h. L. entnimmt dem Wortlaut des § 52 Abs. 1, daß nur derjenige prozeßfähig sei, der sich *selbstständig*²¹⁾ vertraglich verpflichten könne. Das Gesetz stelle auf die *Fähigkeit* ab, sich vertraglich zu verpflichten, nicht darauf, daß das einzelne Rechts-

¹⁴⁾ *Lent*, § 20 II.

¹⁵⁾ Vgl. *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, II zu N 1a vor § 91.

¹⁶⁾ *Rosenberg*, § 43 III 3a mit Nachweisen.

¹⁷⁾ So *Nikisch*, § 30 I 1.

¹⁸⁾ Ob die Terminbestimmung versagt werden kann, wenn die Prozeßunfähigkeit eindeutig *feststeht*, ist eine andere Frage, auf die hier nicht näher eingegangen zu werden braucht.

¹⁹⁾ Vgl. für viele *Lent*, § 20 V B; *AkadZ* 42, 246 Ziff. 7.

²⁰⁾ Vgl. *Enneccerus-Nipperdey*, § 151 III 4b; *Rosenberg*, § 43 II 3a.

²¹⁾ Vgl. für viele *Nikisch*, § 30 II 1.

II. Teil. Die Regelung der Prozeßhandlungen

geschäft nach § 107 BGB Wirksamkeit erlangen kann. Demgegenüber vertritt *Oertmann* die Auffassung, daß § 107 BGB — wenigstens zum Teil — auch in der Frage der Prozeßfähigkeit anzuwenden sei²²⁾. Wenn der Minderjährige auch nicht dadurch prozeßfähig werde, daß er aus einem Rechtsgeschäft klagt, welches ihm lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen würde, so verleihe doch die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zur Prozeßführung dem Minderjährigen die partielle Prozeßfähigkeit. *Oertmann* begründet dies damit, daß der Einwilligung die gleiche Wirkung zukommen müsse wie der Genehmigung, durch die die PHen des Minderjährigen Wirksamkeit erlangen könnten²³⁾. Diese Auffassung ist nicht richtig. Eine Gleichstellung der vorherigen und nachträglichen Zustimmung des gesetzlichen Vertreters wird den schutzwürdigen Interessen des Minderjährigen nicht gerecht. Es ist *Oertmann* zwar darin zuzustimmen, daß ein Minderjähriger im bürgerlichen Rechtsverkehr ebenso gut Fehler begehen kann wie in einem Rechtsstreit, und daß die vorherige Zustimmung in beiden Fällen für den Minderjährigen gefährlich ist, gleichgültig ob es sich z. B. um einen — im Rahmen des § 107 BGB zulässigen — beschränkten Generalkonsens²⁴⁾ handelt oder um die Einwilligung zur Prozeßführung. Jedoch sind die Nachteile, die dem Minderjährigen durch ein falsches Verhalten entstehen können, im Prozeß ungleich größer als im Privatrechtsverkehr. Ein rechtskräftiges Urteil, das infolge ungeschickter Prozeßführung unrichtig ist, müßte der Minderjährige hinnehmen²⁵⁾, falls keine Wiederaufnahmegründe vorliegen, während sich ein zu seinem Nachteil zustandegekommenes Rechtsgeschäft entweder mit den Mitteln des materiellen Rechts bekämpfen oder doch wenigstens auf seinen Bestand gerichtlich überprüfen läßt. Die Möglichkeit, einen entstandenen Schaden zu beseitigen, ist hier größer. Der Unterschied zwischen Privatrecht und Prozeßrecht ist in dieser Frage allerdings nur gradueller Art: die vorherige Zustimmung bringt für den Minderjährigen immer ein gewisses Risiko mit sich im Vergleich zu der Genehmigung, bei der die Situation für den gesetzlichen Vertreter klarer zu übersehen ist²⁶⁾. Auch die Interessen der Rechtspflege an einer sicheren und schnellen Durchführung des Verfahrens sprechen gegen die Auffassung von *Oertmann*. Bei Zulassung einer entsprechenden Anwendung des § 107 BGB wäre es dem gesetzlichen Vertreter z. B. möglich, die Einwilligung für bestimmte Parteihandlungen, wie z. B. für das Anerkenntnis, den Verzicht

²²⁾ Jud 1, 169 ff.; zustimmend *Levin*, JW 1929, 1641; *Rümelin*, AcP 131, 248 N 7.

²³⁾ AaO. S. 171/174.

²⁴⁾ Strittig. Vgl. *Enneccerus-Nipperdey*, § 152 I 4 mit Nachweisen.

²⁵⁾ *Hellwig*, Lb. 2 S. 322 Anm. 3.

²⁶⁾ So auch *Oertmann*, aaO. S. 174.

oder den Prozeßvergleich bei einem Streitwert unter 300.— DM, zu versagen, wie *Oertmann* es auch annimmt²⁷⁾. Eine solche von der Willkür des gesetzlichen Vertreters abhängige Beschränkung der Prozeßfähigkeit behindert eine schnelle Durchführung des Verfahrens. Es kommt hinzu, daß bei Anwendung des § 108 BGB²⁸⁾ unklare Rechtslagen entstehen können, die sich mit der Sicherheit des Verfahrens nicht vertragen²⁹⁾. Zwar schaffen auch die PHen einer prozeßunfähigen Partei einen gewissen Schwebezustand³⁰⁾, da es im Belieben des gesetzlichen Vertreters oder des prozeßfähig Gewordenen steht, ob sie die bisherige Prozeßführung genehmigen³¹⁾, einen solchen Schwebezustand verträgt der Prozeß aber. Hier besteht keine so unklare Rechtslage wie bei einer Anwendung des § 108 BGB. Solange die Genehmigung nicht erteilt ist, darf ein Sachurteil nicht ergehen, auch wenn der Prozeßunfähige gem. § 56 Abs. 2 ausnahmsweise zur Sachverhandlung zugelassen ist. Die vom Prozeßrecht zugelassene Genehmigung (vgl. §§ 551 Nr. 5, 579 Ziff. 4) dient im Interesse des Minderjährigen und der Prozeßökonomie dazu, die bisherige Prozeßführung als Urteilsgrundlage zu erhalten. Es kann daher auch nur die Prozeßführung im ganzen genehmigt werden³²⁾. Die Genehmigung einer einzelnen PH in entsprechender Anwendung des § 108 BGB ist nicht zulässig. Gegen die Auffassung von *Oertmann* spricht auch, daß bei der Genehmigung der Prozeß von dem gesetzlichen Vertreter bzw. dem prozeßfähig Gewordenen weitergeführt³³⁾ wird, während bei der Einwilligung die Prozeßführung ganz in den Händen des Prozeßunfähigen bleibt.

Die Interessen des Minderjährigen und der Rechtspflege verlangen also, daß der beschränkt Geschäftsfähige von der Führung seines eigenen Prozesses möglichst ferngehalten wird. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob es sich um eine Klage aus einem gem. § 110 BGB³⁴⁾ abgeschlossenen Vertrag oder aus einem Rechtsgeschäft, welches dem Minderjährigen nur rechtliche Vorteile bringt, oder um eine Klage handelt, zu welcher der gesetzliche Vertreter seine Einwilligung erteilt hat.

²⁷⁾ AaO. S. 175.

²⁸⁾ Zu dieser Frage nimmt *Oertmann* keine Stellung.

²⁹⁾ *Nikisch*, § 30 II 1.

³⁰⁾ Vgl. *Krauss*, Die Beseitigung der Mängel einer an die prozeßunfähige Partei selbst gerichteten Klagzustellung, Dissertation Marburg 1913, S. 26.

³¹⁾ RG JW 1915, 36.

³²⁾ *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 56 I 3.

³³⁾ Naturgemäß gilt das nicht für die nach Eintritt der Rechtskraft erteilte Genehmigung.

³⁴⁾ Vgl. dazu *Jung*, Die Prozeßfähigkeit, insbesondere bei Geschäftsbeschränkten, Dissertation Erlangen 1911, S. 35 ff.; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 52 III 2.

Die Abwägung der Interessen der am Verfahren Beteiligten bestätigt damit die von der h. L. vertretene Auffassung, daß § 52 die Fähigkeit, sich selbständig vertraglich zu verpflichten, voraussetzt.

Zwischen der Prozeßfähigkeit und der vollen Geschäftsfähigkeit besteht kein grundsätzlicher Unterschied. Die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters und die Bestimmung des § 110 BGB verleihen dem beschränkt Geschäftsfähigen nicht die partielle Geschäftsfähigkeit³⁵⁾. Ein Unterschied läßt sich auch nicht den besonderen Fällen entnehmen, in denen die Prozeßordnung den an sich Geschäftsunfähigen (§ 664 Abs. 2)³⁶⁾ oder den beschränkt Geschäftsfähigen (§ 612 Abs. 1) für ein bestimmtes Verfahren für prozeßfähig erklärt. Hier ist die für die Prozeßführung erforderliche materiellrechtliche Verpflichtungsfähigkeit mitverliehen. Aus der Stellung dieser Vorschrift in der Prozeßordnung und aus dem Schweigen des BGB könnte man zwar folgern, daß der für prozeßfähig Erklärte nur prozessual wirkende Handlungen vornehmen könnte. Damit wäre er jedoch in seiner Prozeßführung erheblich behindert, denn er könnte nicht einmal einen ihm genehmen Anwalt auswählen und mit ihm einen wirksamen Dienstvertrag abschließen. Der Sinn dieser Vorschriften ist es, dem Entmündigten und dem beschränkt Geschäftsfähigen in Ehesachen wegen des höchstpersönlichen Charakters der in diesen Verfahren behandelten Gegenstände die selbständige Wahrnehmung ihrer Rechte in vollem Umfange zu ermöglichen. Dies ist nur gewährleistet, wenn sie auch privatrechtliche Handlungen vornehmen können, soweit diese zur ordnungsgemäßen Durchführung des Verfahrens notwendig sind³⁷⁾.

Ein weiterer grundsätzlicher Unterschied ist darin zu erblicken, daß die Bestimmungen der §§ 112 Abs. 1 Satz 2 und 113 Abs. 1 Satz 2 BGB nur für Rechtsgeschäfte des materiellen Rechts gelten.

Die besondere Regelung des § 53 ist für unsere Untersuchung ohne Bedeutung. Der Pfleger ist zur Vornahme aller die Durchführung des Rechtsstreites betreffenden Handlungen befugt³⁸⁾, gleichgültig, welche Rechtsnatur ihnen zukommt.

³⁵⁾ A. A. Oertmann, aaO.; Wieczorek, § 51 B II b.

³⁶⁾ Zur Frage der Anwendbarkeit des Rechtsgedankens des § 664 auf die Pflugschaft vgl. Röhl, JZ 1956, 310.

³⁷⁾ RGZ 34, 386 f.; OLG Jena JW 1934, 919; Rosenberg, § 43 II 3 c; Stellvertretung, S. 677 f.; ZJP 59, 224 ff.; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, §§ 52 II, 668 I; a. A. Levis, ZJP 55, 307 f.; BayOLG ZJP 59, 222.

³⁸⁾ Vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle, §§ 53 III 3; 50 IV; für den Prozeßvergleich vgl. Schwarzer, S. 86.

Der für unsere Untersuchung entscheidende Unterschied in der Regelung der Prozeß- und Geschäftsfähigkeit ist daher in der Nichtanwendbarkeit der §§ 107, 108, 110, 112 Abs. 1 S. 2 und 113 Abs. 1 S. 2 BGB im Prozeßrecht zu sehen. Als Kriterium in dem oben dargestellten Sinne kommt dem Unterschied wegen der Seltenheit der Fälle, in denen die Anwendbarkeit dieser Vorschriften eine Rolle spielt, allerdings nur ein geringer praktischer Wert zu.

III. Die *Postulationsfähigkeit* wird im allgemeinen als PHvoraussetzung angesehen³⁹⁾. Ist sie auch nicht mit irgendeiner Fähigkeit des bürgerlichen Rechts zu vergleichen, so handelt es sich doch nicht bloß um das Erfordernis einer bestimmten Form der prozessualen Willenserklärung, wie *Jaeger* meint⁴⁰⁾, sondern um eine auf die besonderen Bedürfnisse des Prozesses abgestellte Fähigkeit⁴¹⁾.

Als unterscheidendes Kriterium für die Feststellung der Rechtsnatur der umstrittenen Parteihandlungen kommt die Postulationsfähigkeit von vornherein nur in begrenztem Umfange in Frage, da die postulationsunfähige Partei nicht von allen PHen ausgeschlossen ist. Das zeigt sich im Anwaltsprozeß, dem praktisch wichtigsten Fall der mangelnden Postulationsfähigkeit einer Partei. Der Anwaltszwang erstreckt sich nur auf die vor Gericht vorzunehmenden PHen. Außerhalb der Verhandlung vor Gericht kann die postulationsunfähige Partei wirksam handeln. Für die Erteilung der Prozeßvollmacht⁴²⁾ ergibt sich das aus der Notwendigkeit der Bestellung eines postulationsfähigen Vertreters. Darüber hinaus ist die postulationsunfähige Partei als befugt anzusehen, neben dem Postulationsfähigen alle Handlungen vorzunehmen, die zu ihrer Wirksamkeit nicht begriffsnotwendig der Vornahme vor Gericht bedürfen. Dazu gehörte z. B. der dem Prozeßgegner gegenüber erklärte einseitige Rechtsmittelverzicht⁴³⁾. Diese Erklärung kann nach h. L. mit bindender Wirkung⁴⁴⁾ nicht nur vor Gericht, sondern auch gegenüber dem Gegner abgegeben werden. Im letzteren Fall entfällt der An-

³⁹⁾ Vgl. für viele *Sauer*, Prozeßrechtslehre, § 9 II 3; auch § 8 II 3; *Schönke-Schröder-Niese*, § 25 I. Anders beispielsweise nach kanonischem Prozeßrecht, vgl. *Baumgärtel*, Österr. Archiv f. Kirchenrecht 1954, S. 178.

⁴⁰⁾ ZJP 40, 129; gegen den Begriff der Postulationsfähigkeit auch *Bernhardt*, § 19 IV.

⁴¹⁾ *Lent*, § 20 VI.

⁴²⁾ Vgl. *Lent*, aaO.; *Nikisch*, § 30 I 2; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 80 II 4 zu N 12.

⁴³⁾ Dessen Rechtsnatur ist freilich umstritten; vgl. BGHZ 4, 314 (320) und unten S. 167 ff.

⁴⁴⁾ *Rosenberg*, § 134 II 3 a; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 514 II 1 b; a. A. *Lapp*, SchlHA 1951, 125.

waltszwang⁴⁵⁾, selbst wenn die an den Gegner gerichtete⁴⁶⁾ einseitige Erklärung zufällig vor Gericht abgegeben wird⁴⁷⁾. Entscheidend für die Frage des Anwaltszwanges ist, ob zur Wirksamkeit einer Parteihandlung die Vornahme vor oder gegenüber dem Gericht *erforderlich* ist. Aus dem PHcharakter einer Parteihandlung allein kann daher noch nicht der Anwaltszwang gefolgert werden, wie es das RG⁴⁸⁾ in einer Entscheidung — entgegen seiner ständigen Rechtsprechung⁴⁹⁾ — für den dem Gegner gegenüber erklärten Rechtsmittelverzicht angenommen hat. Zur Klärung der Rechtsnatur derjenigen Parteihandlungen, die zu ihrer Wirksamkeit nicht der Vornahme vor oder gegenüber dem Gericht bedürfen, wie z. B. die Erteilung der Prozeßvollmacht und der Prorogationsvertrag⁵⁰⁾, kann die Postulationsfähigkeit als Kriterium nicht herangezogen werden.

Ob ein Zusammenhang zwischen der Rechtsnatur der vor Gericht vorzunehmenden Handlungen und dem Erfordernis des Anwaltszwanges besteht, ob man also in diesen Fällen aus dem PHcharakter auf den Anwaltszwang schließen kann, wie *Bötticher*⁵¹⁾ und *Rosenberg*⁵²⁾ es in der Frage des Prozeßvergleichs annehmen, kann sich nur aus dem Zweck des Anwaltszwanges ergeben. Er dient in erster Linie dazu, den Rechtspflegeorganen die Durchführung ihrer Rechtsschutzaufgabe zu erleichtern. Der Interessenschutz der Partei, „der man es überlassen könnte, ob und durch wen sie sich vertreten lassen will“⁵³⁾, tritt demgegenüber zurück. Daraus folgt, daß nur die der Gestaltung der prozessualen Rechtslage dienende Handlung, soweit sie vor Gericht erfolgt, dem Anwaltszwang unterliegt, nicht aber diejenige, die eine Änderung der materiellen Rechtslage bezweckt, mag sie auch während

⁴⁵⁾ H. L. vgl. u. a. RGZ 105, 352 (355); BGHZ 2, 114; 4, 320; LG Itzehoe SchlHA 1951, 43; *Rosenberg*, aaO. mit weiteren Nachweisen; a. A. *Lapp* und *Schindlmeier*, SchlHA 1951, 125 f.

⁴⁶⁾ Vgl. dazu *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 514 II 1 a zu N 8.

⁴⁷⁾ LG Gießen JZ 1951, 560, zustimmend *Rosenberg*, § 134 II 3 a; BGH JZ 1953, 153.

⁴⁸⁾ DR 1942, 812.

⁴⁹⁾ Vgl. dazu BGHZ 2, 112 (114) mit Nachweisen.

⁵⁰⁾ Vgl. *Schiedermair*, Prozeßvereinbarungen, S. 143. Dabei kann kein Unterschied gemacht werden, ob der Prorogationsvertrag innerhalb oder außerhalb des Verfahrens abgeschlossen wird; a. A. *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 78 IV 4. Zu Unrecht hält *Deinhardt*, S. 61, 64, es für einen Widerspruch, wenn dem Prorogationsvertrag einerseits PHcharakter zugesprochen und andererseits der Anwaltszwang verneint wird; vgl. dazu unten S. 230 Anm. 273.

⁵¹⁾ MDR 1950, 294.

⁵²⁾ Lb. § 128 I 2 c.

⁵³⁾ *Nikisch*, § 32 III; vgl. auch *Rosenberg*, § 28 II; *Sauer*, Prozeßrechtslehre, § 8 III 2; *Lent*, JR 1954, 463 (Anm.).

des Prozesses erfolgen. Eine Änderung der materiellen Rechtslage berührt die Interessen der Rechtspflegeorgane erst dann, wenn sie in das Verfahren eingeführt wird. Die dazu notwendige Geltendmachung unterliegt dem Anwaltszwang.

Für die Entscheidung, ob eine Parteihandlung dem Anwaltszwang unterliegt, kann es daher nicht allein auf die Vornahme im Rahmen des anhängigen Rechtsstreites⁵⁴⁾ ankommen, sondern die Vornahme vor oder gegenüber dem Gericht muß *begriffsnotwendig* sein. Daraus ergibt sich zugleich, daß der betreffenden Parteihandlung eine *prozessuale Wirkung* eigen sein muß. Hierin zeigt sich der Zusammenhang zwischen der Rechtsnatur einer Parteihandlung und dem Erfordernis des Anwaltszwanges, auf den *Bötticher*⁵⁵⁾ mit Recht hinweist. Damit ist aber nicht gesagt, daß das Erfordernis des Anwaltszwanges als Kriterium für die Qualifikation der umstrittenen, vor Gericht vorzunehmenden Parteihandlungen geeignet ist. Die Bestimmung der Rechtsnatur ist für die Entscheidung des Anwaltszwanges vielmehr Vorfrage, die unabhängig von der Frage nach der Notwendigkeit des Anwaltszwanges gelöst werden muß, da für diesen entsprechend dem oben aufgezeigten Grundgedanken gerade entscheidend ist, welchem Rechtsgebiet eine Parteihandlung zugeteilt wird. Sonstige Überlegungen darüber, ob für eine Parteihandlung der Anwaltszwang gefordert werden sollte oder nicht, vermögen keine Anhaltspunkte für die Qualifikation dieser Handlung zu geben. Zu dem gleichen Ergebnis kommt man im übrigen auch dann, wenn man im Gegensatz zu der hier vertretenen Meinung den Anwaltszwang für alle im „Rahmen des anhängigen Rechtsstreites“ vor Gericht vorgenommenen Parteihandlungen fordert⁵⁶⁾. Nach dieser Auffassung unterliegt der Prozeßvergleich dem Anwaltszwang auf jeden Fall, gleichgültig, welche Rechtsnatur man ihm beimißt. Das Erfordernis des Anwaltszwanges vermag daher schon aus diesem Grunde kein Kriterium für die Qualifikation einer Parteihandlung abzugeben.

IV. Die *gesetzliche Vertretungsmacht*, der die Eigenschaft einer PHvoraussetzung zukommt⁵⁷⁾, ist als Kriterium für die Feststellung der Rechtsnatur der umstrittenen Grenzfälle nicht geeignet. Für die gesetzliche Vertretung im Prozeßrecht besteht keine besondere Regelung. Der Umfang der Vertretungsmacht richtet sich ebenso wie die Bestimmung der Person des gesetz-

⁵⁴⁾ A. A. *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 78 IV 4.

⁵⁵⁾ AaO.

⁵⁶⁾ So *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, aaO.

⁵⁷⁾ *Lent*, § 21 VIII 1; *Rosenberg*, § 49 II 4 d; *Sauer*, Prozeßrechtslehre, § 9 II 3.

lichen Vertreters nach bürgerlichem Recht⁵⁸⁾. Der gesetzliche Vertreter kann wirksam alle Handlungen vornehmen, die zur Prozeßführung notwendig sind, gleichgültig, ob sie prozessualer oder bürgerlichrechtlicher Natur sind. Nach bürgerlichem Recht bestimmt sich auch, inwieweit eine besondere Ermächtigung erforderlich ist. Der Ausnahmenvorschrift des § 54 kann, wie schon dargelegt wurde⁵⁹⁾, für die grundsätzliche Abgrenzung der PHen von dem bürgerlichrechtlichen Parteiverhalten nichts entnommen werden.

V. Nichts anderes gilt für die *Prozeßvollmacht*, die allgemein als PH-voraussetzung angesehen wird⁶⁰⁾. Es wurde schon ausgeführt⁶¹⁾, daß aus der besonderen Regelung über den Umfang der Prozeßvollmacht und aus der Aufnahme des PHbegriffes in § 81 nichts für die Unterscheidung der PHen von den bürgerlichen Rechtsgeschäften gefolgert werden kann. Aus Zweckmäßigkeitserwägungen muß der Prozeßbevollmächtigte für befugt angesehen werden, auch solche Parteihandlungen vorzunehmen, die bürgerlichrechtlicher Natur sind, mag man sie im Rahmen des § 81 PHen nennen oder nicht.

§ 13. Die Form und die Art und Weise des Zustandekommens der Prozeßhandlungen

I. Der Unterschied zwischen den prozessualen und den privatrechtlichen Formerfordernissen zeigt sich an den verschiedenen Aufgaben, denen die Formvorschriften in beiden Rechtsgebieten dienen. Während der Formzwang im bürgerlichen Recht im Interesse der Abschuß- und Inhaltsklarheit, der Beweissicherung und zum Zwecke des Übereilungsschutzes, der Erkennbarkeit für Dritte, der fachmännischen Beratung und der staatlichen Kontrolle besteht⁶²⁾, dienen die Formvorschriften des Prozeßrechts dazu, den sicheren Ablauf des Verfahrens zu gewährleisten. Im Güterverkehrsrecht ist die Formfreiheit die Regel, das Verfahrensrecht kann eine gewisse Formstrenge nicht entbehren.

Dieser grundsätzliche Unterschied legt es nahe, die Anwendbarkeit der bürgerlichrechtlichen Formvorschriften für Prozeßhandlungen auszuschlie-

⁵⁸⁾ Vgl. *Rosenberg*, § 49 II 1.

⁵⁹⁾ S. oben S. 37 f.

⁶⁰⁾ Vgl. für viele *Rosenberg*, § 51 II 1.

⁶¹⁾ S. oben S. 34 ff.

⁶²⁾ Vgl. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin, Leipzig 1888, I S. 179; *Boehmer*, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Tübingen 1950/52, Bd. 2, 2 § 26 B; *Enneccerus-Nipperdey*, § 154, II; *Heldrich*, AcP 147, 89 ff.

ßen. So wendet das RG⁶³⁾ bei Vereinbarung der Schriftform für den Widerruf eines Prozeßvergleichs nicht die Vorschrift des BGB an, sondern läßt die einfache Anzeige zu den Akten genügen. Umgekehrt ist die prozessuale Form, in der eine Erklärung abgegeben wird, im allgemeinen nicht geeignet, privatrechtliche Formerfordernisse zu ersetzen⁶⁴⁾. Die Ausnahme des Prozeßvergleichs⁶⁵⁾ bestätigt diese Regel nur.

Trotz dieses Unterschiedes ist die „Form“ als Kriterium für die Überprüfung der umstrittenen Grenzfälle praktisch nicht verwertbar, da die Regelung der prozessualen Formerfordernisse kein einheitliches Bild zeigt. Die Vornahme einer PH ist nicht immer an eine bestimmte Form gebunden. Es gibt ebenso wie im bürgerlichen Recht formfreie und formgebundene Rechtshandlungen. So kennt das Gesetz mehrere verfahrensgestaltende Handlungen, die formlos dem Prozeßgegner gegenüber vorgenommen werden können⁶⁶⁾. Diese Parteihandlungen werden mit dem Zugehen der Erklärung an den Gegner existent. Daß der dem Gegner gegenüber erklärte Rechtsmittelverzicht für das Verfahren erst Bedeutung gewinnt und vom Gericht nur dann berücksichtigt werden muß, wenn er in den Prozeß eingeführt wird, ist eine Folge des Verhandlungsgrundsatzes. Gibt es formlose Rechtshandlungen ebensogut im Prozeßrecht wie im bürgerlichen Recht, so gibt bei den umstrittenen Parteihandlungen das Bedürfnis für Formfreiheit, wie es z. B. bei den meisten Prozeßverträgen besteht⁶⁷⁾, keinen Anhaltspunkt für die Rechtsnatur dieser Parteihandlungen. Insofern ist die Form als Kriterium nicht verwertbar.

II. Häufig wird unter der prozessualen „Form“ auch die „Art und Weise des Zustandekommens“ verstanden. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um eine „Form“ im Sinne des bürgerlichen Rechts⁶⁸⁾. Kann es für die Abgrenzung der PHen von den bürgerlichen Rechtshandlungen auch nicht allein darauf ankommen, ob die Handlung „äußerlich nach den Vorschriften der Prozeß-

⁶³⁾ RGZ 135, 338 f.; zustimmend *Baumbach-Lauterbach*, Gr. 5 D vor § 128; *Palandt-Danckelmann*, Einf 5 vor § 104; RGR Komm. § 127 Anm. 1.

⁶⁴⁾ *Josef*, ZZP 37, 42 ff.; *Reichel*, AcP 104, 131 ff.

⁶⁵⁾ RGZ 48, 183 (187); 64, 85; BGH DNotZ 1955, 190 ff. (194) für den Vergleich vor dem LwG mit Anm. von *Keidel*; OLG Nürnberg Bayer JMBL. 1955, 38 für den Vergleich vor dem zuständigen Schiedsgericht; *Enneccerus-Nipperdey*, § 145 III 3, § 154 II 1; *Rosenberg*, § 128 II 1 mit weiteren Nachweisen.

⁶⁶⁾ Vgl. *Rosenberg*, § 61 II 1 b α.

⁶⁷⁾ Vgl. *Förster-Kann*, Bem. 2 c bb vor § 128; *Schiedermair*, Prozeßvereinbarungen, S. 139, die im Wege der Analogie zu § 38 zu diesem Ergebnis kommen.

⁶⁸⁾ Über diesen Unterschied s. oben S. 60.

gesetze zustandekommt⁶⁹⁾ oder nicht, so vermag die „Art und Weise des Zustandekommens“ doch ein Kriterium für die Überprüfung der umstrittenen Grenzfälle abzugeben, da den unbestrittenen Prozeßhandlungen charakteristisch ist, daß ihr Zustandekommen allein vom Prozeßrecht geregelt ist. Mit der Verwendung dieses Kriteriums wird bei der hier angewandten Methode der Kreis der Prozeßhandlungen nicht von vornherein eingeschränkt. Ergibt sich jedoch, daß das Zustandekommen einer Parteihandlung allein vom Prozeßrecht geregelt ist, so spricht dies für den PHcharakter dieser Handlung. Von praktischer Bedeutung ist die Frage der Art und Weise des Zustandekommens für die Feststellung der Rechtsnatur der im Prozeß vorgenommenen einseitigen Gestaltungsgeschäfte⁷⁰⁾. Es wird zu klären sein, ob diese durch ihre Vornahme in „prozessualer Form“, d. h. durch Erklärung der Anfechtung, Kündigung usw. in der mündlichen Verhandlung ihre Rechtsnatur ändern und zur PH mit Doppelnatur werden oder ob nicht vielmehr nur dem Akt der Einführung, also der Geltendmachung, prozessuale Natur zukommt, während das Geltendgemachte seine ursprüngliche Rechtsnatur behält.

§ 14. Die Anwendbarkeit der Auslegungsregeln des BGB

Dem Problem der Auslegung kommt im Zivilprozeß bei weitem nicht die gleiche praktische Bedeutung zu wie im Zivilrecht. Dieses ist das „fruchtbarste Feld von Auslegungsfragen“⁷¹⁾, denn hier ist dem Willen der einzelnen Rechtsgenossen bei der Gestaltung ihrer Rechtsbeziehungen ein weiter Spielraum gelassen. Im Prozeßrecht sind die Gestaltungsmöglichkeiten demgegenüber erheblich begrenzt⁷²⁾. Es kommt hinzu, daß Zweifel über den Sinn einer prozessualen Erklärung im Laufe des Verfahrens gem. § 139 aufgeklärt werden können. Die Frage der Auslegung entsteht im Zivilprozeß in der Regel nur dann, wenn es sich um die Sinndeutung solcher prozessualer Erklärungen handelt, bei denen eine nachträgliche Erläuterung oder Ergänzung ausgeschlossen ist⁷³⁾.

Die Auslegung kann im Prozeßrecht ebenso wie im bürgerlichen Recht⁷⁴⁾ verschiedenen Zwecken dienen, der Feststellung eines subjektiven Elements und der Ausdeutung unklarer prozessualer Erklärungen zur Feststellung

⁶⁹⁾ *Krusch*, Das Wesen des Vergleichs zur Abwendung des Konkurses, S. 87; s. dazu oben S. 67.

⁷⁰⁾ Vgl. die Gegenüberstellung bei *Rosenberg*, § 59, 2 b.

⁷¹⁾ *Betti*, Festschrift für Ernst Rabel, Tübingen 1954, II, S. 98.

⁷²⁾ *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, V 2 vor § 128.

⁷³⁾ *Förster-Kann*, 2 c) cc) vor § 128.

⁷⁴⁾ Vgl. *Pohle*, MDR 1951, S. 91.

ihres objektiven Sinnes. Im ersten Falle handelt es sich — wie z. B. bei der Feststellung der Verschleppungsabsicht — um eine reine Tatfrage, die als solche irrevisibel ist⁷⁵⁾, während die Ermittlung des Sinnes einer Erklärung eine Rechtsfrage ist⁷⁶⁾. Es gilt für die Sinndeutung prozessualer Erklärungen nichts anderes als für bürgerlichrechtliche Willenserklärungen: sie ist sowohl von der Tatsachenfeststellung als auch von der Subsumtion zu unterscheiden⁷⁷⁾. Sie ist jedoch als ein Fall der Rechtsanwendung anzusehen⁷⁸⁾, denn bei der Auslegung wird die Erklärung niemals isoliert, sondern immer im Blick auf die prozessualen Wirkungen der Erklärung betrachtet⁷⁹⁾.

Bei der Auslegung prozessualer Erklärungen handelt es sich regelmäßig um den zweiten Fall, um die Sinndeutung unklarer Willensäußerungen. Noch mehr als im bürgerlichen Recht kommt es hier im Interesse eines glatten und sicheren Verfahrensablaufs auf den objektiven Sinn der prozessualen Erklärungen an⁸⁰⁾. Es gehört zum festen Bestand des zivilprozessualen Revisionsrechts, daß die Auslegung von PHen als reine Rechtsfrage revisibel ist. Das erscheint so selbstverständlich, daß das RG⁸¹⁾ diesen von ihm aufgestellten Satz, soweit zu übersehen, niemals begründet hat.

Ob für die Auslegung mit dem Ziel der Feststellung des objektiven Sinnes einer prozessualen Erklärung die Auslegungsregeln des BGB (§§ 133, 157) entsprechend angewandt werden dürfen, ist umstritten. Überwiegend wird dies bejaht, weil es sich um allgemeine Grundsätze des Rechts⁸²⁾, um einen

⁷⁵⁾ Für § 279: *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 279, III 1 zu N 16 mit Nachweisen; vgl. auch *Pohle*, Revision und neues Strafrecht, Leipzig 1930, S. 53; eine andere Frage ist es, ob die Methode, wie die Feststellung geschieht, Rechtsregel ist, vgl. *Walsmann* JW 1932, 652 (Anm.).

⁷⁶⁾ *Pohle*, aaO. S. 54.

⁷⁷⁾ *Enneccerus-Nipperdey*, § 205 Anm. 5; *Larenz*, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, Leipzig 1930, S. 11; *Pohle*, aaO. S. 54; vgl. auch *Kern*, Die Äußerungsdelikte, Tübingen 1919, S. 83, der in der Auslegung eine Tatsachenwürdigung sieht.

⁷⁸⁾ *Pohle*, aaO. S. 54; das meinen wohl auch *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, wenn sie die Auslegung der PHen als eine der Subsumtion angehörige „Denkoperation“ bezeichnen, § 549 III B 4.

⁷⁹⁾ Vgl. *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, aaO.; vgl. auch *Danz*, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3. Aufl., Jena 1911, S. 197.

⁸⁰⁾ Nach RGZ 64, 67 (71) kommt es für die Beurteilung prozessualer Akte auf den in ihnen „verkörperten Willen“ an; ebenso *Baumbach-Lauterbach*, Gr. 5 D vor § 128; *Rosenberg*, § 61 III; *Walsmann*, JW 1932, 652 (Anm.).

⁸¹⁾ Vgl. RGZ 86, 377 (380). Auf diese Entscheidung verweisen alle folgenden, vgl. RGZ 104, 133 (136); 110, 15; 157, 369 (378); vgl. auch BGHZ 4, 328 (334).

⁸²⁾ Vgl. *Hein*, Identität der Partei, Berlin, Leipzig 1918, Bd. 1, S. 41 f.; *Hellwig*, Syst. I, § 153 I; *Kohler*, Gruch 31, 509; *Rosenberg*, § 61 III; *Palandt-Danckelmann*, Einf. 5 vor § 104; RGR Komm. § 133 Anm. 1; vgl. auch *Schiedermair*, Prozeßvereinbarungen, S. 144.

„Niederschlag bewährter Erfahrung“⁸³⁾ handle. Auf diesem Standpunkt steht — jedenfalls im Ergebnis — auch das RG⁸⁴⁾. Wenn es gelegentlich ohne nähere Begründung ausführt, daß die prozeßrechtlichen Erklärungen nicht den materiellrechtlichen Auslegungsregeln unterständen⁸⁵⁾, so ist dies mit dem Bestreben zu erklären, die Frage der Revisibilität der Auslegung von PHen aus dem Streit um die Revisibilität der Auslegung bürgerlichrechtlicher Willenserklärungen herauszulösen⁸⁶⁾. Es ist daher sachlich nicht gerechtfertigt, daß sich *Baumbach-Lauterbach*⁸⁷⁾ für ihre Ansicht, die Vorschriften des bürgerlichen Rechts hätten für die Auslegung ganz auszuscheiden, auf diese Entscheidungen des RG berufen. *Förster-Kann* lehnen die Anwendung der privatrechtlichen Auslegungsregeln für das Prozeßrecht ab, weil diese nicht Anweisungen an den Richter seien, mit Hilfe derer er eine Sinn-deutung vornehmen könne, sondern „Normen des nachgiebigen Rechts, durch welche der Inhalt der Parteierklärungen unmittelbar ergänzt“ werde⁸⁸⁾.

Der letzteren Auffassung kann nicht zugestimmt werden. Für den Richter sind die Auslegungsregeln bei der Rechtsanwendung nicht anders als die sonstigen Rechtsnormen „Urteilsmaßstäbe“⁸⁹⁾, gleichgültig ob es sich darum handelt, den zweideutigen Wortlaut einer Erklärung aufzuhellen oder ihn im Sinne einer ergänzenden oder einengenden Auslegung richtigzustellen⁹⁰⁾. Der Richter stellt bei der Anwendung der Auslegungsregeln nicht etwa ein durch diese abstrakten Regeln herbeigeführtes fertiges Ergebnis fest, sondern er schafft dieses Ergebnis erst durch seine auslegende Tätigkeit. Dabei sind die Auslegungsnormen für ihn Richtlinien. Ob der Beurteilung des Richters hierbei bürgerlichrechtliche oder prozessuale Erklärungen unterliegen, macht keinen Unterschied.

Für die entsprechende Anwendung der Auslegungsregeln des BGB im Prozeßrecht spricht, daß es sich hier wie dort um Erklärungen handelt, bei denen Gegenstand der Auslegung in gleicher Weise nicht „der ‚Wille‘ als solcher ist, sondern immer nur die Form, in welcher er sich entfaltet, betätigt und verwirklicht: das Getane nämlich und das Gesprochene“⁹¹⁾, wobei der

⁸³⁾ *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, V 2 vor § 128.

⁸⁴⁾ RGZ 77, 127; 115, 376 (378).

⁸⁵⁾ RG JW 1931, 3545; JW 1932, 652.

⁸⁶⁾ Ähnlich *Palandt-Danckelmann*, Einf. 5 vor § 105.

⁸⁷⁾ Gr. 5 D vor § 128.

⁸⁸⁾ Bem. 2 c) cc vor § 128.

⁸⁹⁾ Vgl. *Goldschmidt*, S. 245 ff.; *Niese*, Prozeßhandlungen, S. 60.

⁹⁰⁾ Vgl. *Lehmann*, Allgemeiner Teil, § 30 VI 5.

⁹¹⁾ *Betti*, aaO. S. 89; vgl. auch *Kormann*, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, S. 198 f.

wirkliche Wille allerdings nicht völlig unbeachtlich bleiben darf, da die Willenserklärung eine „Wesenseinheit“ ist⁹²⁾.

Die Schranke des § 308 Abs. 1, über die sich der Richter auch bei einer ergänzenden Auslegung nicht hinwegsetzen darf, stellt gegenüber dem bürgerlichen Recht keine grundsätzliche Besonderheit dar, denn dort darf die ergänzende Auslegung entsprechend nicht zu einer Erweiterung des Vertragsgegenstandes führen.

Man kann daher die mit den §§ 133, 157 BGB entwickelten Grundsätze bei der Auslegung von PHen heranziehen. Soweit eine Form nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist, kann eine prozessuale Erklärung auch berichtigend ausgelegt werden, wie z. B. die Erklärung, „Beschwerde“ einlegen zu wollen, als eine Berufungseinlegung aufgefaßt werden kann⁹³⁾.

Diese Überlegungen zeigen, daß die Auslegungsregeln kein Kriterium für die Überprüfung der Grenzfälle abgeben. Beispielsweise kann aus dem praktischen Bedürfnis, den Prorogationsvertrag nach den Grundsätzen der §§ 133, 157 auszulegen⁹⁴⁾, nichts für die Rechtsnatur dieses Vertrages und der dazu erforderlichen Parteihandlungen gefolgert werden.

§ 15. Die Regelung der Willensmängel

Es gehört zum gefestigten Bestand der Rechtsprechung, daß die für das bürgerliche Recht geltende Regelung der Willensmängel auf PHen nicht — auch nicht entsprechend — anwendbar ist⁹⁵⁾. Diese Auffassung wird, seitdem das Problem um die Jahrhundertwende⁹⁶⁾ in den Vordergrund trat, auch in der Lehre von der überwiegenden Meinung geteilt⁹⁷⁾. In der Nichtanwendbarkeit besonders des § 119 BGB wird vielfach überhaupt der praktisch wichtigste Unterschied zwischen der Regelung der PHen und der bürgerlichen Rechtsgeschäfte gesehen. Die Gegenmeinung, die nur vereinzelt — vor allem von *Walsmann*⁹⁸⁾ und *Werner*⁹⁹⁾, sowie für § 123 BGB von *Fuchs-*

⁹²⁾ *Enneccerus-Nipperdey*, § 164 II 3, § 205 I 1.

⁹³⁾ *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 518 II 2.

⁹⁴⁾ Vgl. RG JW 1903, 45; WarnRspr. 11, 56 Nr. 50; RGZ 159, 254 (256).

⁹⁵⁾ Nachweise bei *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, N 60, 85 vor § 128.

⁹⁶⁾ Vgl. *Hellwig*, Prozeßhandlung, S. 102 f.; *Klein*, Die schuldhaftige Parteihandlung, S. 27 f.; *Nußbaum*, Prozeßhandlungen, S. 68.

⁹⁷⁾ Vgl. für alle *Schönke-Schröder-Niese*, § 31 II 2.

⁹⁸⁾ AcP 102, 1 ff.; *Seuffert-Walsmann*, Vorb. 4 b vor § 128; vgl. ferner *Beling*, Deutsches Reichsstraßprozeßrecht mit Einschluß des Strafgerichtsverfassungsrechts, S. 204; *Hölder*, ZZZ 28, 409; *Friedrichs*, ZZZ 50, 82 ff.; *Knecht*, S. 106 ff. für die Prozeßrechtsgeschäfte.

⁹⁹⁾ Grünh 41, 337 ff.

*berger*¹⁰⁰⁾ — vertreten wird, hat in der Praxis keinen Anklang gefunden. Meinung und Gegenmeinung sind schon so oft und so gründlich bezüglich aller Einzelfragen erörtert worden¹⁰¹⁾, daß man sich der herrschenden Meinung, die sich in einer fünfzigjährigen Praxis bewährt hat, ohne eingehende Begründung anschließen kann, solange nicht neue beachtliche Gegengründe vorgebracht werden. Der Vorschlag von *Wehmeyer*¹⁰²⁾, die Anfechtung von PHen wegen Willensmängel im Rahmen der Grundsätze von Treu und Glauben und der guten Sitten zuzulassen und die Entscheidung darüber dem freien Ermessen des Gerichts zu überlassen, vermag nicht zu überzeugen. Abgesehen davon, daß das Treu- und Glaubensprinzip den Schutz der *anderen* am Verfahren Beteiligten bezweckt, während die Zulassung der Anfechtung den *eigenen* Interessen des Erklärenden dient, würde mit einer derartigen Ausdehnung des Anwendungsgebietes der Generalklausel die Sicherheit des Verfahrensablaufs ebenso in Frage gestellt wie bei der von *Walsmann*¹⁰³⁾ vorgeschlagenen entsprechenden Anwendung des § 119 Abs. 1 BGB.

Bezüglich der Einzelprobleme, vor allem in der praktisch wichtigen Frage, in welchem Umfang auch im Prozeß dem inneren Willen einer Partei Rechnung zu tragen ist, bestehen noch manche Zweifel¹⁰⁴⁾. Diese brauchen im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht geklärt zu werden. Für die Abgrenzung der PHen von dem bürgerlichrechtlichen Parteiverhalten genügt die grundsätzliche Feststellung, daß die unstreitigen PHen in der Frage der Willensmängel — sowohl bei bewußtem als auch bei unbewußtem Fehlen des Willens — eigenen Regeln und nicht den Vorschriften des BGB unterliegen. Um eine Grundlage für die Untersuchung der bezüglich ihrer Rechtsnatur umstrittenen Parteihandlungen zu gewinnen, bedarf es lediglich einer kurzen Skizzierung der Gründe, die gegen die Anwendung der bürgerlichrechtlichen Vorschriften sprechen.

Die hier vertretene Meinung wird im allgemeinen als prozessuale Erklärungstheorie¹⁰⁵⁾ bezeichnet. Sie entspricht der richtigen Beobachtung, daß dem inneren Willen im Prozeßrecht weit weniger Beachtung geschenkt wird als

¹⁰⁰⁾ Arglistige Täuschung im Zivilprozeßrecht. Nach ihm hat die arglistige Täuschung die Ungültigkeit der betreffenden PH zur Folge, vgl. S. 60.

¹⁰¹⁾ Vgl. *Lange*, ZZP 53, 246 und die Dissertationen von *Dëus*; *Dicke*, *Drüll* (S. 16 ff.); *Fuchsberger*, *Luxenberg*, *Mecklenburg*, *Trautmann* und *Wehmeyer*.

¹⁰²⁾ AaO. S. 38.

¹⁰³⁾ AaO. S. 92.

¹⁰⁴⁾ Darauf weist *Rosenberg*, 6. Aufl., § 61 V a. E. hin.

¹⁰⁵⁾ Dazu eingehend *Trautmann*, S. 30 ff.

im bürgerlichen Recht. Der innere Wille ist aber nicht ganz unbeachtlich. Sonst würde man bei offensichtlichem Versprechen und Verschreiben sowie dann, wenn die Beteiligten die Abweichung des Erklärten von dem Gemeinten erkannt haben, zu praktisch unerträglichen Folgerungen kommen. In diesen Fällen ist die prozessuale Erklärungstheorie mit Recht bereit, Konzessionen an das Willensdogma zu machen¹⁰⁶). Daraus folgert *Trautmann*¹⁰⁷), daß die herrschende Lehre in Wahrheit die Willenstheorie vertrete und daß diese konsequenterweise im Prozeßrecht ganz durchgeführt werden müsse. An dem Konstruktionsversuch zeigt sich deutlich, wie gefährlich es ist, den Gegensatz Erklärungstheorie — Willenstheorie auf das Prozeßrecht zu übertragen. Die Berechtigung beider Theorien ist für das bürgerliche Recht von *Larenz*¹⁰⁸) und *Dulckeit*¹⁰⁹) mit beachtlichen Gründen in Frage gestellt¹¹⁰). In der hier behandelten Frage ist ein Streit darüber, welche der beiden Theorien gelte, überhaupt unfruchtbar. Die Zuordnung zu der einen oder der anderen Theorie vermag nichts darüber auszusagen, ob und inwieweit bei prozessualen Willenserklärungen die Beachtung des inneren Willens eigenen Regeln folgt. Aufschluß hierüber kann nur eine Abwägung der Interessen des Erklärenden und desjenigen geben, an den sich die Erklärung wendet. So werden im bürgerlichen Recht in bestimmten Fällen die Interessen des Erklärenden gegenüber denen des Gegners höher bewertet, wie es in den Bestimmungen der §§ 119, 123 BGB zum Ausdruck kommt¹¹¹). Im Prozeßrecht steht neben dem Interessengegensatz zwischen den beiden Parteien der sich aus der Rechtsschutzaufgabe des Gerichts ergebende Widerstreit zwischen der Findung eines gerechten Urteils und der Rechtsfriedensbewahrung. Die beiden Interessengegensätze überschneiden sich zum Teil. Dieses ganz andere Spannungsverhältnis verbietet es, die Regeln des bürgerlichen Rechts über die Willensmängel anzuwenden, die allein auf den Interessengegensatz und -ausgleich zwischen den beiden Parteien abgestellt sind. Der Rechtsschutzzweck, die Findung eines der wahren Sachlage gerecht werdenden Urteils, erfordert weitgehend die freie Widerruflichkeit und Rücknehmbarkeit der PHen. Für die widerrufenlichen PHen ist die Frage der Willensmängel praktisch ohne Bedeutung. Bei den unwiderruflichen PHen ist es die Sicherheit des Verfah-

¹⁰⁶) Vgl. für viele *Rosenberg*, § 61 V mit Nachweisen.

¹⁰⁷) AaO. S. 74.

¹⁰⁸) Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, S. 34 ff.; ähnlich schon *Bülow*, Geständnisrecht, S. 125 f., dazu *Larenz*, aaO. S. 66 f.; ähnlich *Schmidt-Rimpler*, AcP 147, 148, vgl. *Wieacker*, JZ 1953, 678.

¹⁰⁹) Festschrift für Fritz Schulz, Weimar 1951, Bd. I S. 158.

¹¹⁰) Neuerdings zustimmend *Nipperdey*, vgl. *Enneccerus-Nipperdey*, § 164 II 3.

¹¹¹) *Enneccerus-Nipperdey*, § 164 II 3.

rens, die das Festhalten einer einmal eingetretenen Prozeßlage erfordert. Eine Abwägung zwischen den Interessen der beiden Parteien findet hier nicht statt. Daher ist auch eine Anfechtung der prozessualen Willenserklärung, die sich nur aus einer Höherbewertung der Interessen des Erklärenden rechtfertigen ließe, nicht möglich¹¹²⁾. Die Zulassung des Widerrufs einer sonst unwiderruflichen PH bei Vorliegen eines Wiederaufnahmegrundes¹¹³⁾ ist auch nicht das Ergebnis einer Abwägung zwischen den Interessen der beiden Parteien, sondern folgt — abgesehen von der positiven Vorschrift des § 582 — aus der Höherbewertung des Rechtsschutzzweckes gegenüber der Rechtsfriedensbewahrung und ist außerdem ein Gebot der Prozeßökonomie¹¹⁴⁾.

Die Verschiedenheit der Interessengegensätze im bürgerlichen Recht und Prozeßrecht rechtfertigt eine verschiedene Bewertung der Willensmängel. Damit ist aber nicht gesagt, daß dieser an Hand der unstreitigen PHen herausgestellte Grundsatz als Kriterium für alle umstrittenen Parteihandlungen verwendbar ist. Voraussetzung für eine Anwendung der besonderen prozessualen Regeln ist es, daß die PH überhaupt in das aufgezeigte Spannungsverhältnis Rechtsschutzzweck — Rechtsfriedensbewahrung hineingelangt ist. Das ist in der Regel erst dann der Fall, wenn das Parteiverhalten durch Einführung in das Verfahren der Beurteilung des Gerichts unterliegt. Das Verhalten außerhalb und vor Beginn des Verfahrens befindet sich in der Regel außerhalb dieses Spannungsverhältnisses. Bei der Bewertung von Willensmängeln können hier naturgemäß auch nur die Interessen der beiden Parteien berücksichtigt werden. Das entspricht sachlich der Bemerkung von *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, daß bei den außerhalb des Prozesses getroffenen Vereinbarungen „ein unmittelbares prozessuales Interesse an dem Zustandekommen nicht besteht“¹¹⁵⁾. Bei diesen Parteihandlungen ist der Interessengegensatz kein anderer als bei den bürgerlichrechtlichen Handlungen. Die mit den bürgerlichrechtlichen Verträgen übereinstimmende Interessenlage kann, was noch zu klären ist, bei denjenigen Parteihandlungen, die außerhalb des Verfahrens vorgenommen werden können, die direkte oder entsprechende¹¹⁶⁾ Anwendbarkeit der §§ 119 ff. BGB geboten erscheinen lassen, ohne daß daraus ein sicherer Schluß auf die Rechtsnatur dieser Handlungen gezogen werden kann. Die Anwendbarkeit dieser Vorschriften ließe sich mit

¹¹²⁾ Vgl. OLG Bremen, NJW 1956, 1037.

¹¹³⁾ BGHZ 12, 284; für das kanonische Prozeßrecht vgl. *Baumgärtel*, Österr. Archiv f. Kirchenrecht 1954, 179 f. Vgl. auch *Fröhlich*, JR 1955, 336 f.

¹¹⁴⁾ *Sauer*, Prozeßrechtslehre, § 9 II 3 c.

¹¹⁵⁾ V 6 d vor § 128; zustimmend *Schiedermair*, Prozeßvereinbarungen, S. 149.

¹¹⁶⁾ *Schiedermair*, aaO., Anm. 31 mit Nachweisen.

der besonderen Interessenlage erklären, die für die Berücksichtigung der Willensmängel entscheidend ist¹¹⁷⁾.

Die unterschiedliche Regelung der Willensmängel ist dagegen als Kriterium auf jeden Fall für solche umstrittenen Parteihandlungen verwertbar, die im Rahmen des Verfahrens vorgenommen werden *müssen*, wenn sie wirksam sein sollen.

§ 16. Die Anwendbarkeit der Vorschriften des BGB über die Bedingungen

I. Es besteht in Lehre und Rechtsprechung Einigkeit darüber, daß die Regeln des bürgerlichen Rechts bezüglich der Bedingungen nicht ohne weiteres für die PHen gelten¹¹⁸⁾. Jedoch gehen die Meinungen darüber, inwieweit Bedingungen zulässig sind und ob die Bedingungsfeindlichkeit als die Regel¹¹⁹⁾ oder nur als Ausnahme¹²⁰⁾ anzusehen ist, weit auseinander. Auf die umfangreiche Problematik¹²¹⁾ der eventuellen Vornahme von PHen braucht im Rahmen dieser Arbeit nur insoweit eingegangen zu werden, als der Unterschied zwischen rechtsgeschäftlichen und prozessualen Handlungen aufgezeigt werden soll.

Auch das bürgerliche Recht kennt bedingungsfeindliche Rechtshandlungen, sei es auf Grund ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmungen (z. B. § 925 Abs. 2 BGB), sei es weil das rechtliche Interesse der Beteiligten an der Bestimmtheit der vorgenommenen Rechtshandlung eine Bedingung nicht duldet¹²²⁾, wie z. B. bei der Anfechtungs- und Rücktrittserklärung¹²³⁾ sowie der einseitigen Kündigung¹²⁴⁾. Das sind jedoch nur Ausnahmen. In der Regel ist es den Parteien freigestellt, ob sie einen endgültigen oder nur einen Schwebezustand schaffen wollen. Eine solche Freiheit hemmt nicht, sondern fördert in der Regel die rasche Abwicklung des Güterrechtsverkehrs. Nur dann, wenn die öffentlichen Interessen eine ungewisse Rechtslage nicht vertragen, müssen die

¹¹⁷⁾ Vgl. *Enneccerus-Nipperdey*, § 164 II 3.

¹¹⁸⁾ Vgl. für viele *Rosenberg*, § 61 IV; *Schönke-Schröder-Niese*, § 31 II 3; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, V 9 vor § 128.

¹¹⁹⁾ *Rosenberg*, aaO.

¹²⁰⁾ *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, aaO.

¹²¹⁾ Vgl. eingehend *Rosenberg*, aaO.; *Lang*, Die Zulässigkeit bedingter Parteihandlungen im Zivilprozeß, Dissertation, München 1954.

¹²²⁾ Vgl. dazu eingehend *Bruck*, Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte, Breslau 1904.

¹²³⁾ *Bruck*, aaO. S. 127; RGZ 66, 153; 146, 234 ff. (238). Dagegen ist die „eventuelle“ Anfechtung zulässig; BGH MDR 1955, 24.

¹²⁴⁾ *Bruck*, aaO. S. 126; RGR Komm. vor § 158 Anm. 5; OGHZ 3, 250 ff. (252); RGZ 91, 307 (308/309).

II. Teil. Die Regelung der Prozeßhandlungen

Interessen der Parteien zurücktreten. Im bürgerlichen Recht sind es demnach in erster Linie die Bedürfnisse der Beteiligten und des rechtsgeschäftlichen Verkehrs, die für die grundsätzliche Zulassung von Bedingungen sprechen.

II. Anhaltspunkte für die Anwendbarkeit im Prozeßrecht ergeben sich aus dem Wesen des Prozesses und dem Zweck der einzelnen PHen¹²⁵). Um allgemeine Grundsätze zu gewinnen, wird man außerdem danach fragen müssen, inwieweit sich Bedingungen mit den oben aufgezeigten Funktionen der PHen, der Gestaltung des Verfahrens und der Schaffung der Urteilsgrundlage¹²⁶) vertragen. Diese Unterscheidung bietet sich für unsere Untersuchung von selbst an, da sich die Bedingung nicht auf die tatsächliche Vornahme der Handlung, welche als eine gegenwärtige Tatsache gar nicht von einem zukünftigen Ereignis abhängig gemacht sein kann¹²⁷), sondern auf den Eintritt (aufschiebende Bedingung) oder den Fortbestand der Rechtswirkung (auflösende Bedingung) bezieht¹²⁸).

Die Unterscheidung zwischen echter und unechter Bedingung hat auch für das Prozeßrecht Bedeutung¹²⁹). Eine Rechtsbedingung ist — als ein überflüssiger Zusatz — genauso zuzulassen¹³⁰) wie bei den bedingungsfeindlichen Rechtsgeschäften des bürgerlichen Rechts¹³¹).

Nicht ohne weiteres gilt dies für eine auf die Gegenwart oder Vergangenheit gestellte Bedingung. Im Bereich des bürgerlichen Rechts wird eine solche Bedingung auch bei sonst bedingungsfeindlichen Rechtshandlungen von der h. L. zugelassen, weil sie keinen Schwebeszustand schaffe¹³²). Ist zuzugeben, daß hier der Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung objektiv nicht ungewiß ist, sondern nur noch der Aufklärung durch die Beteiligten bedarf¹³³), so ist doch *Bruck* darin zuzustimmen, daß einer solchen Bedingung das rechtliche Interesse einer Partei an der Bestimmtheit einer Erklärung entgegenstehen kann. Das gilt vor allem für die Kündigung¹³⁴). Es kann dem durch die Kündigungsfrist Geschützten nicht zugemutet werden, mit seinen ihm möglichen Gegen- oder Abhilfemaßnahmen bis zur Aufklärung des Eintrittes

¹²⁵) Vgl. *Hellwig*, Prozeßhandlung, S. 96.

¹²⁶) Vgl. dazu oben S. 94 ff.

¹²⁷) Vgl. OLG Jena SA 40, Nr. 159 (1883).

¹²⁸) Vgl. für das materielle Recht *Staudinger*, Bem. 5 vor § 158.

¹²⁹) RGZ 144, 71 ff. (73).

¹³⁰) BGH NJW 1952, 102.

¹³¹) *Bruck*, aaO. S. 153 ff.; streitig für den Fall der Kündigung, vgl. OGHZ 3, 250 ff. mit Literaturnachweis.

¹³²) Vgl. *Staudinger*, Vorb. 5 vor § 158 mit Literaturnachweis.

¹³³) RGZ 146, 234 ff. (238).

¹³⁴) Strittig. Literaturnachweis OGHZ 3, 252.

oder Nichteintrittes der Bedingung abzuwarten. Die *faktische* Ungewißheit entspricht hier der *rechtlichen* bei einer auf den Eintritt eines künftigen Ereignisses abgestellten Bedingung¹³⁵). Sind gegen die uneingeschränkte Zulassung solcher Bedingungen bei an sich bedingungsfeindlichen Rechtshandlungen des bürgerlichen Rechts schon Bedenken zu erheben, so muß dies in erhöhtem Maße für PHen gelten. Wie noch auszuführen sein wird, besteht für diese ein weit größeres Bedürfnis für die Eindeutigkeit der Vornahme. Nicht nur der Gegner, sondern vor allem das Gericht hat daran ein Interesse. Nimmt z. B. der in einem Räumungsprozeß Verurteilte die Berufung unter der Bedingung zurück, daß ein Verwandter inzwischen, wie es geplant war, in einer entfernten Stadt für ihn eine Wohnung gemietet hat, so bleibt es bis zur Aufklärung dieser Frage unklar, ob die Zurücknahme wirksam ist oder nicht. Das Interesse der Rechtspflege an einer sicheren und schnellen Durchführung des Verfahrens verbietet es aber, die Wirksamkeit einer prozessualen Handlung bis zur oft recht langwierigen Klärung des Eintritts oder Nichteintritts eines außerprozessualen Ereignisses im ungewissen zu lassen. Für derartige auf ein außerprozessuales Ereignis abgestellte Vergangenheits- oder Gegenwartsbedingungen gelten daher ebenfalls die für die echten Bedingungen noch zu erörternden Grundsätze.

Eine Unsicherheit entsteht dagegen für das Verfahren nicht, wenn sich das in der Vergangenheit oder in der Gegenwart liegende Ereignis, von dem die Wirksamkeit einer PH abhängig gemacht wird, im Verfahren selbst abgespielt hat oder abspielt und daher von dem Gericht ohne weiteres festgestellt werden kann. So wird es zulässig sein, einen schriftlich dem Gericht erklärten Rechtsmittelverzicht unter der „Bedingung“ abzugeben, daß der Gegner seinerseits bereits eine Verzichtserklärung eingereicht hat. Hierbei kann es keinen Unterschied machen, ob der Eintritt der prozessualen Wirkung einer PH von dem Willen der Partei abhängig ist oder nicht. So ist z. B. beim Einspruch die Zurückversetzung des Verfahrens in die alte Lage von dem Willen der Parteien unabhängig. Das hindert jedoch nicht, den Willen der Partei insofern zu berücksichtigen, als sie bei der Vornahme bestimmen kann, ob die PH überhaupt als vorgenommen gelten soll oder nicht. Dabei trägt die Abhängigmachung von einem in der Vergangenheit oder der Gegenwart liegenden und dem Gericht bekannten innerprozessualen Ereignis anders als bei der Abhängigkeit von einem zukünftigen innerprozessualen in das Verfahren keiner-

¹³⁵) *Bruck*, aaO. S. 159/160.

lei Unsicherheit hinein. Es erscheint daher z. B. statthaft, Einspruch für den Fall einzulegen, daß bereits ein Versäumnisurteil ergangen ist¹³⁶⁾.

Das Prozeßrecht kennt eine Reihe von PHen, bei denen die Hinzufügung einer Bedingung ausgeschlossen ist.

Da Bedingungen nur solchen Erklärungen eigentümlich sind, die den Willen des Erklärenden zum Ausdruck bringen, sind bedingte reine Wissens- erklärungen¹³⁷⁾ oder Vorstellungsmitteilungen¹³⁸⁾ nicht denkbar¹³⁹⁾. Das gleiche gilt für Realakte¹⁴⁰⁾, da diese sich in der Vornahme der Handlung erschöpfen. Die Ausführung der Handlung als ein gegenwärtiger tatsächlicher Vorgang kann nicht bedingt geschehen. Vielmehr bezieht sich die Bedingung auf die Wirkungen der Handlung. So kann z. B. ein Schriftsatz nur eingereicht werden, oder die Einreichung unterbleibt. Die — denkbare — Hinzufügung eines Vorbehaltes betrifft auch nicht die Einreichung selbst, sondern den Inhalt des Schriftsatzes. Das gilt z. B. für die gleichzeitige Einreichung eines Armenrechtsgesuches und einer Klage- bzw. Berufungsschrift mit der Erklärung, die Klage- bzw. Berufungsschrift solle erst dann in den Geschäftsgang genommen werden, wenn dem Armenrechtsgesuch stattgegeben ist. Einen derartigen Vorbehalt wird man mit der Rechtsprechung¹⁴¹⁾ aus prozeß- ökonomischen Gründen zulassen können, ohne daß darunter die Klarheit der prozessualen Lage leidet. Der Vorbehalt bezieht sich aber nicht auf den Realakt der Einreichung, sondern auf den in dem eingereichten Schriftsatz enthaltenen Sachantrag. In dem Vorbehalt kommt zum Ausdruck, daß vor Bewilligung des Armenrechts das „Sachverfahren nicht beschritten“ werden soll¹⁴²⁾ und daß sich der Einreichende für den Fall der Verweigerung die Rücknahme seines Schriftsatzes vorbehält¹⁴³⁾.

Da die meisten Parteihandlungen, deren PHcharakter unstreitig ist, als „Willenserklärungen“, „Willensäußerungen“ oder „Willensmitteilungen“¹⁴⁴⁾ den Willen der Parteien zum Ausdruck bringen, ist begrifflich für die Möglichkeit bedingter PHen ein weiter Raum. Daraus kann aber nicht der Schluß

¹³⁶⁾ Zur Frage der Zulässigkeit des Einspruchs vor Erlass des Versäumnisurteils s. unten S. 127.

¹³⁷⁾ Vgl. *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, IV 3 b vor § 128; *Stein*, DJZ 1913, 36.

¹³⁸⁾ Vgl. *Rosenberg*, § 60 II 4.

¹³⁹⁾ *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, V 9 b a. E. vor § 128; *Lang*, S. 34.

¹⁴⁰⁾ Wie Anm. 139.

¹⁴¹⁾ KG JW 1938, 253³²⁾, DR 1939, 1724²¹⁾; BGH NJW 52, 545¹⁰⁾ und 880²¹⁾.

¹⁴²⁾ KG JW 1938, 253.

¹⁴³⁾ BGH NJW 1952, 880.

¹⁴⁴⁾ Vgl. *Rosenberg*, § 60 I u: II, 1, 2.

gezogen werden, daß PHen grundsätzlich Bedingungen zugänglich seien¹⁴⁵). Im Verfahren ist nicht nur der Wille der Parteien, sondern auch die Rechtsschutzaufgabe des Gerichts zu berücksichtigen. Für dieses kommt es darauf an, daß das Ereignis, von dessen Eintritt die Wirkung einer PH abhängig gemacht wird, ohne weiteres erkennbar ist. Bei einem außerprozessualen Ereignis ist das nicht möglich. Solche Ereignisse können daher grundsätzlich nicht Gegenstand einer Bedingung bei der Vornahme von PHen sein¹⁴⁶). Innerprozessuale Ereignisse dagegen sind für das Gericht im allgemeinen erkennbar. Ob sie Gegenstand von Bedingungen sein können, kann nur eine Einzeluntersuchung der verfahrensgestaltenden und der die Urteilsgrundlage schaffenden PHen ergeben. Hierbei ist zu klären, worin das innerprozessuale Ereignis, von dessen Eintritt die Wirkung einer PH abhängig gemacht wird, bestehen kann, ob in einer Prozeßhandlung des Gerichts oder auch einer solchen der Parteien. Dabei wird sich auch zeigen, wo die Grenze zwischen außer- und innerprozessualen Ereignissen liegt.

III. PHen, die sich funktionell auf das Verfahren beziehen, vertragen die Unsicherheit nicht, die durch die Hinzufügung einer Bedingung entsteht¹⁴⁷). Hier spielen nicht nur die Interessen der Gegenpartei an einer klaren Rechtslage, sondern ebenso sehr die Interessen der Allgemeinheit an einer sicheren und schnellen Durchführung des Verfahrens eine Rolle¹⁴⁸). Während im Güterrechtsverkehr ein Bedingungsverbot als Regel nur hemmend wirken würde, ist ein solches Verbot hier unerlässlich. Die dynamische Entwicklung des Prozesses macht es erforderlich, daß die einzelnen aufeinanderfolgenden Prozeßstadien auf sicherer Unterlage aufbauen¹⁴⁹). Zwar ist auch der materielle Rechtszustand ständig in dynamischer Entwicklung begriffen. Die Eigenart der prozessualen Dynamik liegt aber in der *raschen* Aufeinanderfolge „prozessualer Lagen“¹⁵⁰), für die ein der Willkür der Parteien überlassener Schwebezustand, wie ihn eine Bedingung schafft, hinderlich wäre.

Einen gewissen Schwebezustand nimmt das Prozeßrecht allerdings bei den zurücknehmbaren und widerruflichen PHen in Kauf. Bis zur Zurücknahme oder zur Ausübung des Widerrufs besteht Unklarheit über den Bestand des künftigen Verfahrens, das in seinen Wirkungen sogar *ex tunc*¹⁵¹) beseitigt

¹⁴⁵) So *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, V 9 vor § 128; *Stein*, aaO. Sp. 36.

¹⁴⁶) *Stein*, aaO. Sp. 36.

¹⁴⁷) Vgl. *Nikisch*, § 54 IV 1.

¹⁴⁸) Ähnlich *Stein*, aaO. Sp. 39.

¹⁴⁹) *Stein*, aaO. Sp. 36.

¹⁵⁰) Vgl. oben S. 85 f.

¹⁵¹) Z. B. § 271 ZPO; vgl. dazu *Siegert*, Prozeßhandlungen, S. 84.

werden kann. Eine solche Unsicherheit ist tragbarer, als wenn die Parteien gegen ihren Willen an ihrem Rechtsschutzbegehren oder dem eingeschlagenen Verfahrensweg in starrer Form festgehalten würden.

Die Ungewißheit des Verfahrensablaufs ergibt sich hier aus der gesetzlichen Regelung, während bei einer bedingten Verfahrensgestaltung das Verfahren in willkürlicher Weise mit einer Unsicherheit belastet würde¹⁵²). Man kann daher aus der Widerruflichkeit einer PH ebensowenig folgern, daß sie bedingt vorgenommen werden kann¹⁵³), wie sich umgekehrt nicht die Regel aufstellen läßt, daß die unwiderruflichen PHen bedingungsfeindlich seien¹⁵⁴).

Gibt das Gesetz den Parteien auch an manchen Stellen durch dispositive Normen die Ermächtigung, das Verfahren abweichend von der Regel zu gestalten, so kann daraus nicht ohne weiteres gefolgert werden, daß ihnen das Recht gegeben sei, die abweichende Verfahrensgestaltung von Bedingungen abhängig zu machen. Da zu einer solchen abweichenden Regelung zumeist das Zusammenwirken beider Parteien erforderlich ist¹⁵⁵), liegt ein benachteiligender Eingriff in die Rechtssphäre der anderen Partei dann nicht vor, wenn diese zu der bedingten Gestaltung des Verfahrens ihr Einverständnis gibt. Der im bürgerlichen Recht geltende Grundsatz, daß Verträge grundsätzlich nicht bedingungsfeindlich sind¹⁵⁶), kann auf das zusammenwirkende Handeln der Parteien bei der Gestaltung des Verfahrens nicht ohne weiteres angewandt werden. Während es im Bereich des materiellen Rechts den Beteiligten überlassen bleiben kann, ob sie sich mit einer unbestimmten Rechtslage zufriedengeben wollen, und wo nur dann, wenn das öffentliche Interesse die Bestimmtheit eines Vertrages erfordert, eine Bedingung ausdrücklich ausgeschlossen ist, wie bei der Auflassung zur Schaffung klarer Grundeigentumsverhältnisse¹⁵⁷), stehen bei der Gestaltung des Verfahrens die Interessen der Rechtspflege an einer schnellen und sicheren Durchführung der Prozesse im Vordergrund. Was für das bürgerliche Recht Ausnahme ist, muß hier als Regel gelten. Im Bereich des Verfahrensrechts kann den Parteien über die

¹⁵²) RGZ 144, 71 ff. (72).

¹⁵³) A. A. OLG Jena, SA 40 Nr. 159 (1883) für die Rechtsmitteleinlegung: ihre Wirksamkeit könne von einem Ereignis abhängig gemacht werden, das innerhalb der Zeit eintrete, in der die einseitige Zurücknahme des eingelegten Rechtsmittels zulässig sei.

¹⁵⁴) K. Blomeyer, SächsThArchRpfl 1931, S. 181 gegen Siegert, Prozeßhandlungen, S. 115.

¹⁵⁵) Rosenberg, § 7, 2.

¹⁵⁶) Vgl. Bruck, aaO. S. 117/118.

¹⁵⁷) Westernmann, Lehrbuch des Sachenrechts, 2. Aufl., Karlsruhe 1953, S. 363.

Möglichkeit hinaus, das Verfahren abweichend von der Regel zu gestalten, die Freiheit, durch Hinzufügung von Bedingungen einen Schwebezustand zu schaffen, nur dann gewährt werden, wenn die Interessen der Parteien den öffentlichen vorgehen oder diese durch eine unbestimmte Rechtslage gar nicht berührt werden.

Ist es dem Ermessen des Gerichts überlassen, ob es die abweichende Verfahrensgestaltung zulassen will, so bringt das Gesetz damit schon zum Ausdruck, daß die Verfahrensgestaltung insoweit nicht von der Willkür der Parteien abhängen soll. Das gilt für die beiderseitigen Einverständniserklärungen gem. § 128 Abs. 2¹⁵⁸⁾ und § 349 Abs. 3. Diese PHen werden daher von der wohl h. L.¹⁵⁹⁾ mit Recht als bedingungsfeindlich angesehen. Die im bürgerlichen Recht für Verträge geltenden Grundsätze können hier nicht angewandt werden, weil es sich bei den beiderseitigen Einverständniserklärungen um parallel laufende, getrennte Erklärungen an das Gericht, nicht aber um einen Austausch von Erklärungen handelt.

Das gleiche gilt, wenn das zusammenwirkende Handeln der Parteien darin besteht, daß die eine Partei handelt, während die andere ihr Einverständnis erklärt oder auf eine Rüge verzichtet, oder daß beide auf die Einhaltung von Verfahrensnormen verzichten, das Gesetz aber durch eine Kann-Bestimmung zum Ausdruck bringt, daß das Gericht an den übereinstimmend erklärten Willen der Parteien nicht gebunden ist. (Z. B. §§ 360 S. 2, 447¹⁶⁰⁾). Den Parteien ist in diesen Fällen nur ein beschränkter Einfluß auf die Verfahrensgestaltung eingeräumt. Daher ist das Hinzufügen von Bedingungen trotz der dispositiven Natur dieser Verfahrensnormen unzulässig. Auch dann, wenn das Gericht an das zusammenwirkende Verhalten der Parteien gebunden ist (z. B. §§ 391¹⁶¹⁾, 264, 295, 529 Abs. IV u. V), kann ein von ihrer Willkür abhängender Schwebezustand nicht geduldet werden. Wenn es das

¹⁵⁸⁾ Vgl. *Rosenberg*, § 108 II 2.

¹⁵⁹⁾ Vgl. u. a. *Baumbach-Lauterbach*, § 128, 5 B; *Schönke-Schröder-Niese*, § 81 III 2; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 128 IX zu N 62; BGH NJW 1955, 1357 = BGHZ 18, 62 = ZZZ 68, 378. Dabei kann es m. E. keinen Unterschied machen, ob die Einverständniserklärung von dem Eintritt eines inner- oder eines außerprozessualen Ereignisses abhängig gemacht wird (a. A. *Witte*, NJW 1955, 1465 f.; zustimmend *Rosenberg*, § 108 II 1 c). Die Grundsätze über die Zulässigkeit der Eventualerklärungen, die für diejenigen PHen entwickelt worden sind, die funktionell der Beschaffung der Urteilsgrundlage dienen, lassen sich nicht auf diejenigen PHen transponieren, die wie die Einverständniserklärung allein eine formale Verfahrensgestaltung bewirken.

¹⁶⁰⁾ Vgl. *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 447 II.

¹⁶¹⁾ Vgl. *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 391 II; *Rosenberg*, § 119 III 3.

Gesetz den Parteien überläßt, auf die Gestaltung des Verfahrens einzuwirken, weil insoweit der schnelle und sichere Ablauf des Verfahrens nicht gehemmt ist oder weil der Wille der Parteien — wie z. B. bei der Klageänderung — Beachtung erheischt, so muß doch eine solche abweichende Regelung klar und unzweideutig sein, damit das Gericht von vornherein weiß, wie es das weitere Verfahren durchzuführen hat. Das gilt vor allem dann, wenn es sich — wie bei den §§ 264, 529 Abs. IV u. V, 391 — über sein weiteres Vorgehen alsbald schlüssig werden muß. Bei einem bedingten Rügeverzicht wüßten weder der Gegner noch das Gericht, wie das Verfahren fortzusetzen ist, ob ein Verfahrensmangel zunächst etwa durch Nachholung zu heilen ist usw.

Daraus ergibt sich, daß die gesetzliche Ermächtigung, das Verfahren abweichend von der Regel zu gestalten, nicht die Ermächtigung einschließt, durch Hinzufügung von Bedingungen im Verfahren einen Schwebezustand zu schaffen. Diese Erkenntnis wird bei unserer Untersuchung über die Rechtsnatur der Prozeßvereinbarungen von Bedeutung sein, die der Verfahrensgestaltung dienen und nach h. L. bedingt abgeschlossen werden können¹⁶²).

Die formale Gestaltung des Verfahrens läßt also auch dann keinen von der Willkür der Parteien abhängenden Schwebezustand zu, wenn das Prozeßrecht durch Widerrufsmöglichkeit oder dispositive Normen auf den Willen der Parteien im übrigen weitgehende Rücksicht nimmt.

Hier kann es keinen Unterschied machen, ob die verfahrensgestaltende Wirkung — wie bei den Bewirkungshandlungen — Inhalt der PH ist oder ob sie — wie z. B. bei der Eröffnung der Instanz infolge der Klageerhebung — unabhängig von dem Willen des Klägers eintritt. In diesem Falle ist das Hinzufügen einer Bedingung ausgeschlossen, weil eine solche sich nur auf die gewollte Wirkung der Handlung beziehen kann, während die Rechtshängigkeit — anknüpfend an den äußeren Akt der Klageerhebung¹⁶³) — unabhängig von dem Willen des Klägers eintritt. Insofern stimmt das Prozeßrecht mit dem bürgerlichen Recht überein: tritt die Rechtswirkung einer Handlung unabhängig von dem Willen ein, so kann sie nicht bedingt vorgenommen werden¹⁶⁴).

Das gleiche gilt grundsätzlich auch für die verfahrensgestaltende Wirkung einer Rechtsmitteleinlegung¹⁶⁵), die ebenfalls unabhängig von dem Willen des

¹⁶²) Vgl. für viele *Schiedermair*, Prozeßvereinbarungen, S. 154, 169.

¹⁶³) *Goldschmidt*, S. 320.

¹⁶⁴) *Brucke*, aaO. S. 169.

¹⁶⁵) H. L. vgl. für viele *Nikisch*, § 54 IV 2; *Rosenberg*, § 61 IV 1; *Lang*, S. 25 mit Nachweisen.

Rechtsmittelklägers oder Beschwerdeführers eintritt¹⁶⁶). Im Interesse einer schnellen und sicheren Durchführung des Verfahrens muß von vornherein feststehen, ob eine Instanz eröffnet ist oder nicht. Das für den Fall einer ungünstigen Entscheidung vor deren Verkündung eingelegte Rechtsmittel ist auch deshalb als unzulässig anzusehen, weil darin ein Versuch, die Entscheidung des Gerichts zu beeinflussen, und damit eine Mißachtung des Gerichts zu sehen ist¹⁶⁷). Dagegen können, wie noch zu zeigen sein wird¹⁶⁸), gegen eine inkorrekte Entscheidung für alle Fälle gleichzeitig mehrere Rechtsmittel eingelegt werden.

Was hier über die Eröffnung der Instanz oder des Verfahrens im ganzen gesagt ist, gilt ebenso für die Zurücksetzung des Rechtsstreites in die frühere Lage infolge eines Einspruchs¹⁶⁹), wie auch für die beiden Bewirkungshandlungen¹⁷⁰) der Aufnahme des Verfahrens¹⁷¹) und des Beitritts des Nebenintervenienten¹⁷²). Einen „auf Vorrat“ eingelegten Einspruch wird man allerdings mit *Stein-Jonas-Schönke-Pohle* dann zulassen müssen, wenn er nach dem versäumten Termin, aber noch vor dem Verkündungstermin in der — objektiv erkennbaren — Annahme eingelegt ist, das Versäumnisurteil sei bereits verkündet¹⁷³). In diesem Falle kann in dem Verhalten des Säumigen auch nicht eine Mißachtung des Gerichts gesehen werden.

Hinsichtlich derjenigen PHen, die eine bestimmte prozessuale Lage begründen (Bewirkungshandlungen), besteht in Lehre und Rechtsprechung im wesentlichen Übereinstimmung, daß der Eintritt ihrer Wirkungen weder von einem außerprozessualen noch von einem innerprozessualen zukünftigen Ereignis abhängig gemacht werden kann¹⁷⁴).

Es läßt sich demnach der Grundsatz aufstellen, daß die das Verfahren gestaltenden Parteihandlungen bedingungsfeindlich sind, gleichgültig ob sie

¹⁶⁶) *Goldschmidt*, S. 321.

¹⁶⁷) *Goldschmidt*, S. 486; vgl. auch KG JR 1950, 732.

¹⁶⁸) S. unten S. 132.

¹⁶⁹) *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, V 9 b vor § 128; *Lang*, S. 29.

¹⁷⁰) *Goldschmidt*, S. 459 u. dort Anm. 2432.

¹⁷¹) *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, V 9 b vor § 128.

¹⁷²) *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, N 5 zu § 70; *Lang*, aaO. S. 30; a. A. *Skonietzki-Gelpcke*, § 66 Nr. 46.

¹⁷³) A. A. RGZ 110, 169; *Baumbach-Lauterbach*, § 339 Anm. 1; *Lang*, S. 29/30.

¹⁷⁴) Vgl. für viele *Schönke-Schröder-Niese*, § 31 II 3 b, BGHZ 4, 54, und die Einzelausführungen bei *Lang*, S. 31 ff.; a. A. früher für den Fall der Rechtsmittelzurücknahme OLG Jena SA 40, 159 u. RGZ 45, 411; vgl. dagegen OLG München ZJP 64, 85 ff. mit Anm. *Rosenberg*; a. A. für die Einverständniserklärung gem. § 128 *Witte*, NJW 1955, 1465 f.

im übrigen widerrufen sind oder auf Grund dispositiver Normen vorgenommen werden.

IV. Nicht nur die formale Gestaltung des Verfahrens muß unzweideutig sein, sondern auch die Urteilsgrundlage als das die Entscheidung tragende Element verträgt grundsätzlich keine Ungewißheit. Das gilt sowohl für die zur Entscheidung gestellten Anträge als auch für den der Beurteilung des Gerichts unterliegenden Sachverhalt. Ebensowenig wie etwa für die Klageerhebung selbst läßt sich für diese PHen aus der Dispositionsmaxime entnehmen, daß die Parteien an derartige PHen, die sie nach ihrem Belieben vornehmen können, willkürlich Bedingungen anknüpfen dürfen. Eine feste Urteilsgrundlage würde fehlen, wenn der allein gestellte Antrag oder die zu seiner Begründung vorgetragene einzige Behauptung unter eine Bedingung gestellt würde. Werden dagegen mehrere PHen der gleichen Art vorgenommen, so entsteht für das Gericht keine Unsicherheit, worüber es urteilen soll, falls die eine Handlung in einer für das Gericht erkennbaren Weise zu der anderen in Abhängigkeit gebracht wird, wenn nur wenigstens eine solche Handlung mindestens gleichzeitig¹⁷⁵⁾ ohne jeglichen Vorbehalt vorgenommen wird. Auf den Eintritt eines außerprozessualen Ereignisses kann allerdings nicht abgestellt werden¹⁷⁶⁾, da dieses für das Gericht nicht erkennbar ist. Auf die Erkennbarkeit für den Gegner kommt es hierbei nicht an, da die Klarheit der Urteilsgrundlage in Frage steht. Ist das Ereignis, von dessen Eintritt die PH abhängig gemacht wird, ein innerprozessuales, so entsteht keine derartige Ungewißheit. Dies kann nur für solche Vorgänge während des Verfahrens gelten, die dem Gericht bekannt sind oder von ihm ohne weitere Verzögerung des Verfahrens festgestellt werden können. Eindeutig ist die Situation für das Gericht, wenn — wie bei dem Eventualvorbringen — auf das Verhalten des Gerichts selbst abgestellt wird. Unklarheiten können entstehen, wenn das Eventualvorbringen von dem künftigen Verhalten des Gegners abhängig gemacht wird¹⁷⁷⁾.

Vorgänge, die sich in einem anderen Verfahren abspielen, scheiden aus, selbst wenn dieses vor dem gleichen Gericht stattfindet; sie sind keine innerprozessualen. Erst recht hat dies zu gelten, wenn die Entscheidung, die zur Bedingung gemacht wird, in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit getroffen wird¹⁷⁸⁾.

¹⁷⁵⁾ Rosenberg, § 61 IV 2.

¹⁷⁶⁾ Rosenberg, § 61 IV 1.

¹⁷⁷⁾ S. dazu unten S. 136.

¹⁷⁸⁾ A. A. RGZ 53, 80 ff. (83).

Keine Bedenken bestehen demnach gegen Eventualanträge¹⁷⁹⁾ und die eventuelle objektive Klagenhäufung, falls Haupt- und Eventualananspruch auf demselben Tatsachenkomplex beruhen und im wesentlichen die gleichen Ziele verfolgen¹⁸⁰⁾. Die Entscheidungsgrundlage wird durch solche Eventualanträge nicht ungewiß, da die Entscheidung, von der der Eintritt oder Nicht-eintritt der auflösenden Bedingung¹⁸¹⁾ abhängig gemacht wird, in ein und demselben Verfahren und von dem gleichen Gericht getroffen wird, also diesem schon bei der Entschließung über die zu treffende Entscheidung bekannt ist.

Die Zulässigkeit solcher Eventualanträge besagt nicht, daß die Klageerhebung¹⁸²⁾ oder die Rechtshängigkeit des Hilfsanspruchs unter eine Bedingung im Sinne des bürgerlichen Rechts gestellt ist. Man kann in dem Eventualvorbringen nicht eine auflösende Bedingung i. S. des § 158 Abs. 2 BGB sehen, da die Rechtshängigkeit des Hilfsanspruchs rückwirkend erlischt¹⁸³⁾, falls über ihn nicht entschieden wird. Das Eventualvorbringen besagt, daß der Hilfsanspruch nur dann Entscheidungsgegenstand¹⁸⁴⁾ werden soll, wenn sich der Hauptantrag als unbegründet erweist. Kommt es nicht zur Entscheidung über den Hilfsanspruch, so erlischt die Rechtshängigkeit des Hilfsanspruchs von Rechts wegen¹⁸⁵⁾ rückwirkend¹⁸⁶⁾. Man kann daher nur *cum grano salis* von einer „auflösend bedingten Rechtshängigkeit“ des Hilfsanspruchs sprechen¹⁸⁷⁾.

Nicht anders liegt es bei der für den Fall der Erfolglosigkeit des Bestreitens eingelegten Widerklage¹⁸⁸⁾. Auch hier kann das Gericht von einer sicheren

¹⁷⁹⁾ Vgl. *Rosenberg*, § 61 IV 2; zur älteren Literatur vgl. die Angaben bei *Bucerus*, ZJP 37, 193 (1908).

¹⁸⁰⁾ Auf Einzelheiten wie die Frage des Ausschlußverhältnisses von Prinzipal- und Eventualantrag und die Unterscheidung zwischen eigentlichen und uneigentlichen Eventualanträgen braucht hier nicht eingegangen zu werden; vgl. dazu *Rosenberg*, § 61 IV; *Lang*, S. 45 ff.; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 260 II B 2, 3.

¹⁸¹⁾ S. dazu *Rosenberg*, § 61 IV 3 a.

¹⁸²⁾ Vgl. *Reinberger* zu § 210 Entw. 1931, JR 1932, 87.

¹⁸³⁾ *Rosenberg*, § 61 IV 3 a a. E.

¹⁸⁴⁾ *Lent*, JR 51, 376; das meinen auch *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, wenn sie von „Prozeßstoff“ sprechen (§ 260 II B 2 b), denn mit dem Eintritt der Rechtshängigkeit wird selbstverständlich auch der Hilfsantrag und das zu seiner Begründung Vorgetragene Prozeßstoff; es wird über den Hilfsantrag auch verhandelt; vgl. auch *Lang*, S. 41.

¹⁸⁵⁾ *Goldschmidt*, S. 481 und Anm. 2543.

¹⁸⁶⁾ Nicht eindeutig *Bucerus*, ZJP 37, 198, der von einer „rechtskräftigen Erledigung“ des Eventualantrags spricht.

¹⁸⁷⁾ Vgl. dazu *Rosenberg*, § 61 IV 3 a u. b.

¹⁸⁸⁾ So jetzt die h. M. der Rechtslehre; a. A. früher z. B. *Stein*, DJZ 1913 Sp. 39 u. ebenso teilweise die Rspr. d. RG; vgl. Nachweise bei *Rosenberg*, § 61 IV 3c.

Grundlage ausgehen: dem vorgetragenen Sachverhalt, dem Klageantrag des Klägers und dem Prinzipalantrag des Widerklägers. Für die Zulassung sprechen außerdem der Gedanke der „Waffengleichheit“¹⁸⁹⁾ und das Erfordernis der Prozeßökonomie¹⁹⁰⁾.

Bei der eventuellen subjektiven Klagenhäufung wird die Entscheidung über den „Hilfsanspruch“ an sich nicht von einem innerprozessualen Ereignis abhängig gemacht, denn es handelt sich um zwei selbständige Verfahren¹⁹¹⁾. Das Gericht hat es aber, wenn den beiden Verfahren ein zusammenhängender Tatsachenkomplex¹⁹²⁾ zugrunde liegt und nur die subjektive Ungewißheit besteht, wer der richtige aktiv oder passiv Legitimierte ist und einer es nur sein kann¹⁹³⁾, mit einer ebenso sicheren Entscheidungsgrundlage zu tun wie bei der eventuellen objektiven Klagenhäufung. Demgegenüber berufen sich die Gegner der hier vertretenen Meinung zu Unrecht auf die Notwendigkeit eines innerprozessualen Ereignisses¹⁹⁴⁾, denn dieses Erfordernis soll nur der Sicherheit der Entscheidungsgrundlage dienen, die hier gewährleistet ist. Die Rechtshängigkeit der Klage bzw. des Hilfsanspruchs tritt unbedingt ein und bleibt bis zur Entscheidung über die Prinzipalklage bestehen. Erübrigt sich eine Entscheidung, so erlischt die Rechtshängigkeit von Rechts wegen¹⁹⁵⁾.

Eine einheitliche Entscheidung, worauf sich *Stein-Jonas-Schönke-Pohle* berufen¹⁹⁶⁾, ist auch dann nicht gewährleistet, wenn A die Beklagten C und D in zwei getrennten oder unbedingt verbundenen¹⁹⁷⁾ Verfahren wegen desselben Anspruchs verklagt. Hier ist es genauso möglich, daß A seinen Anspruch nicht durchsetzen kann, wenn er gegen das klageabweisende Urteil gegenüber D keine Berufung einlegt, während C gegen das der Klage stattgebende Urteil Berufung einlegt und obsiegt. Gegen die Bedenken von *Goldschmidt*¹⁹⁸⁾, daß einem Beklagten nicht zugemutet werden könne, sich auf einen Prozeß einzulassen, dessen Rechtshängigkeit ohne seine Einwilli-

¹⁸⁹⁾ *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 33 III 5b; *Lang* S. 59.

¹⁹⁰⁾ *Kisch*, Jud 1, 325.

¹⁹¹⁾ *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, I 2 vor § 59; *Goldschmidt*, S. 480, 483, unentschieden *Kisch*, Parteiänderung im Zivilprozeß, München 1912, S. 149 und dort Anm. 6 sowie JW 1936, 1254.

¹⁹²⁾ Vgl. die Beispiele bei *Rosenberg*, § 61 IV 3 b.

¹⁹³⁾ Vgl. *Lang*, S. 67/68.

¹⁹⁴⁾ So *Goldschmidt*, S. 484.

¹⁹⁵⁾ Für die Annahme einer auflösend bedingten Rechtshängigkeit gilt das oben S. 129 Bemerkte.

¹⁹⁶⁾ Vgl. I 2 vor § 59 und dort N 7.

¹⁹⁷⁾ Vgl. dazu *Kisch*, aaO. S. 149 und JW 1936, 1254.

¹⁹⁸⁾ AaO. S. 484.

gung erlöschen könne, läßt sich mit *Rosenberg*¹⁹⁹⁾ einwenden, daß ihm nicht mehr zugemutet werde als jedem Beklagten, wenigstens nicht wesentlich mehr, da der Kläger auch sonst — wenn auch nur bis zu Beginn der mündlichen Verhandlung — die Rechtshängigkeit ohne weiteres zum Erlöschen bringen kann. Im übrigen kommt es hier weniger auf die Abwägung zwischen den unleugbaren Interessen des Klägers an der eventuellen subjektiven Klagenhäufung²⁰⁰⁾ und der Frage der Zumutbarkeit für den Beklagten an als darauf, ob die Unzweideutigkeit der Entscheidungsgrundlage gewährleistet ist. Dies ist zu bejahen, da weder die Klageerhebung als solche bedingt ist, noch unklar bleibt, worüber das Gericht entscheiden soll²⁰¹⁾.

Diese Sicherheit fehlt, wenn es von der Entscheidung eines funktionell verschiedenen Gerichts abhängig gemacht wird, ob ein Antrag Entscheidungsgegenstand sein soll oder nicht. Insoweit verbietet sich die Zulässigkeit der eventuellen objektiven Rechtsmittelhäufung; dies schon deshalb, weil die Eröffnung einer Instanz im ganzen nur unbedingt erfolgen kann. Man wird nicht einwenden können, daß hier das eventuelle Rechtsmittel unter einer auflösenden Bedingung in dem oben dargestellten Sinne stehe und daher mit der gleichen Berechtigung zugelassen werden müßte wie die eventuelle subjektive Klagenhäufung. Dort handelt es sich um zwei verschiedene Verfahren, die gleichzeitig vor dem gleichen Gericht verhandelt werden können, während die gleichzeitige Inanspruchnahme zweier Instanzen für die gleiche Streitsache, — z. B. durch gleichzeitige Einlegung von Berufung und Einspruch — als unzulässig anzusehen ist.

Will eine Partei — etwa bei subjektiver Ungewißheit, welches die richtige Instanz ist — gleichzeitig zwei Instanzen anrufen, so könnte sie dies nur in eventum tun. Damit würde die Eröffnung der einen Instanz von der Entscheidung eines funktionell verschiedenen Gerichts, also von einem außergerichtlichen Ereignis abhängen²⁰²⁾.

Eine derartige eventuelle objektive Rechtsmittel-(Rechtsbehelf-)häufung liegt dem ersten Anschein nach nicht vor, wenn das eventuelle Rechtsmittel

¹⁹⁹⁾ Lb. § 61 IV 3 b.

²⁰⁰⁾ So *Goldschmidt*, S. 484 Anm. 2561.

²⁰¹⁾ Ebenso im Ergebnis *Hellwig* Lb. III, 81. Es kann auch kein Unterschied gemacht werden, ob die subjektive Klagenhäufung auf der Aktiv- oder der Passivseite liegt; a. A. OLG Königsberg Rsp. 5 S. 57/58 (1901), bestätigt durch RGZ 51, 243/4.

²⁰²⁾ Gegen die Zulässigkeit *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, Einl. vor § 511 N 11; offenbar auch *Rosenberg*, der die Eröffnung eines Rechtsmittelverfahrens zur Voraussetzung der Zulässigkeit des eventuellen Rechtsmittels macht, § 61 IV 3 d; *Lang*, S. 27.

nur für den Fall der vorherigen ungünstigen Entscheidung über den prinzipalen Rechtsbehelf eingelegt ist²⁰³). Aber auch hier wird die Eröffnung einer Instanz von der — vorherigen — Entscheidung in einer anderen Instanz abhängig gemacht. Eine solche vorgängige Rechtsmitteleinlegung ist im allgemeinen unzulässig. Daraus, daß das Gesetz in dem ähnlich gelagerten Fall des § 577 Abs. 4 selbst eine „eventuelle Beschwerde“²⁰⁴) zuläßt, kann die allgemeine Zulässigkeit derartiger eventueller Rechtsmitteleinlegungen nicht gefolgert werden²⁰⁵). Eine Unklarheit über die Eröffnung der Instanz kann bei dem Verfahren gem. §§ 571, 577 Abs. 4, die aus prozeßökonomischen Gründen die Abhilfe durch das Gericht ermöglichen, nicht entstehen, da die devolvierende Wirkung des Rechtsmittels erst mit der Vorlegung beim Beschwerdegericht eintritt²⁰⁶).

Die Notwendigkeit vorsorglicher Rechtsmitteleinlegung ist jedoch bei sog. „inkorrekten Entscheidungen“ anzuerkennen, wenn sie hier auch nicht oft vorkommen mag, da die beschwerte Partei regelmäßig nur eines der zur Wahl stehenden Rechtsmittel einlegen wird²⁰⁷). Vom Standpunkt der „Meistbegünstigungstheorie“²⁰⁸) aus ist eine doppelte Rechtsmitteleinlegung nicht erforderlich²⁰⁹), weil bereits die Einlegung eines Rechtsmittels, das gegen die Entscheidung der vom Gericht gewollten oder gesollten Art gegeben ist²¹⁰), zum gleichen Ziele führt. Solange die Rechtsprechung in der hier behandelten Frage aber unsicher ist²¹¹), muß es den Parteien möglich sein, die in Betracht kommenden Rechtsmittel für alle Fälle einzulegen²¹²). Dies ist nur in der Form einer Eventualeinlegung denkbar²¹³). Die hilfsweise Anrufung einer Instanz kann allerdings nicht von der Entscheidung einer gleichzeitig angerufenen anderen Instanz abhängig gemacht werden, weil es sich dabei um

²⁰³) Beispiel: Erinnerung gem. § 104 Abs. 3, vorsorglich sofortige Beschwerde; vgl. OLG Münschen Rsp. 23, 193 (1911).

²⁰⁴) *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 577 V 1.

²⁰⁵) So jedoch *Goldschmidt*, S. 484 f.

²⁰⁶) Vgl. *Rosenberg*, § 145 II 1.

²⁰⁷) *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, Einl. vor § 511 N 19.

²⁰⁸) *Goldschmidt*, Lb. S. 214.

²⁰⁹) Das gilt auch für die von *Schantz*, Der Rechtsbehelf gegen die inkorrekte Entscheidung, Dissertation Frankfurt 1928, S. 42 f., vertretene Kompromißlösung.

²¹⁰) Vgl. *Rosenberg*, § 133 II 2.

²¹¹) Der BGH stellt, ohne auf die hier behandelte Frage einzugehen, bei einer unrichtigen Bezeichnung des Urteils „auf das prozessuale Wesen des Urteils ab“ (BGHZ 8, 384).

²¹²) Vgl. *Rosenberg*, § 133 II 3 m. Nachweisen; *Baumbach-Lauterbach*, Gr. 4 C vor § 511.

²¹³) Vgl. *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, Einl. zu § 511 N 11, 19.

ein für das Gericht ungewisses außergerichtliches Ereignis handelt, wohl aber davon, ob das Gericht das hilfsweise oder das prinzipal eingelegte Rechtsmittel für den sachlich gebotenen Weg hält. Die Möglichkeit einer Spaltung des Verfahrens²¹⁴⁾, die damit gegeben ist, muß hingenommen werden. Aus der Zulässigkeit einer derartigen vorsorglichen Rechtsmitteleinlegung läßt sich aber nicht mit *Goldschmidt*²¹⁵⁾ die allgemeine Zulässigkeit eventueller objektiver Rechtsmittelhäufung herleiten. Bei Vorliegen einer inkorrekten Entscheidung lastet auf dem Verfahren ohnehin schon eine gewisse Unsicherheit, die durch die vorsorgliche Einlegung eines Rechtsmittels nicht mehr vergrößert, sondern beseitigt wird. Vom Standpunkt der Meistbegünstigungstheorie bestehen — abgesehen davon, daß für sie eine doppelte Rechtsmitteleinlegung an sich überflüssig ist — auch keine dogmatischen Bedenken gegen die vorsorgliche Einlegung eines zweiten Rechtsmittels. Da es dem Prinzip der Meistbegünstigungstheorie und auch der Prozeßökonomie entspricht, ein an sich unzutreffendes Rechtsmittel umzudeuten und das Verfahren so fortzusetzen, wie es dem Wesen der Sache entspricht²¹⁶⁾, wird man bei einer doppelten Rechtsmitteleinlegung das sachlich unzutreffende Rechtsmittel, sei es in erster Linie oder nur vorsorglich eingelegt, nicht anders behandeln²¹⁷⁾ dürfen, so daß dann in Wahrheit eine doppelte Einlegung des gleichen Rechtsmittels vorliegt, die unschädlich ist. Jedoch ist auch bei dieser Betrachtungsweise die Möglichkeit der Spaltung des Verfahrens nicht zu vermeiden, nämlich dann, wenn die beiden — z. B. durch Einspruch und Revision — angerufenen Instanzen den sachlich gebotenen Verfahrensweg verschieden beurteilen.

Derartige Unsicherheiten sind mit Rücksicht auf die den Parteien durch eine inkorrekte Entscheidung drohenden Nachteile tragbar, ohne daß daraus — ebensowenig wie aus der gesetzlichen Regelung des § 577 Abs. 4 — die Zulässigkeit einer eventuellen objektiven Rechtsmittelhäufung gefolgert werden könnte.

Die Argumente, die gegen die bedingte Eröffnung einer Instanz sprechen, greifen dann nicht durch, wenn die Rechtsmittelinstantz unbedingt eröffnet

²¹⁴⁾ *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, Einl. III 1 vor § 511 N 19.

²¹⁵⁾ AaO. S. 484 unter Berufung auf RGZ 90, 43.

²¹⁶⁾ *Böttcher*, AP 1951 Nr. 44; Hans OLG ZZP 53, 281 ff.; nach *Piltz*, Die Anfechtung inkorrektur Entscheidungen im deutschen Zivilprozeß, Dissertation Bonn 1928, S. 79, hat das Rechtsmittelgericht die Pflicht, das fehlerhafte Verfahren sofort wieder in die rechte Bahn zu leiten; a. A. *Schiedermair*, RdA 1949, 393; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, Einl. III 1 zu N 17 vor § 511.

²¹⁷⁾ Ähnlich *Levis* JR 1925 Sp. 991, allerdings mit Rücksicht auf die notwendige Einheitlichkeit des Ehescheidungsverfahrens.

II. Teil. Die Regelung der Prozeßhandlungen

wird und weitere Anträge gestellt werden, deren Verwendung als Entscheidungsgegenstand von einer bestimmten Entscheidung der gleichen Instanz abhängig gemacht wird²¹⁸). Hier handelt es sich um die Abhängigkeit von dem Eintritt eines innerprozessualen Ereignisses.

Nicht anders als bei einer inkorrekten Entscheidung liegt es, wenn in der Entscheidung nicht klar zum Ausdruck kommt, wer als Partei gemeint ist, so daß unklar bleibt, wer für das Rechtsmittel aktiv oder passiv legitimiert ist. Diese Ungewißheit kann nicht zu Lasten der Parteien gehen. Insoweit ist daher eine eventuelle subjektive Rechtsmittelhäufung zulässig²¹⁹). Daraus läßt sich jedoch nicht ihre Zulässigkeit auch in anderen Fällen folgern²²⁰), da es Zweck dieser Rechtsmitteleinlegung ist, daß sich das angerufene Gericht Klarheit über die legitimierten Parteien verschafft und dann nur über das von diesen oder gegen sie eingelegte Rechtsmittel entscheidet. In Wahrheit ist die Durchführung nur eines Rechtsmittelverfahrens gewollt. Mit Recht spricht daher *Goldschmidt* von einer *scheinbaren* subjektiven Rechtsmittelhäufung²²¹).

Soweit man eine eventuelle subjektive Klagenhäufung für zulässig hält²²²), wird man folgerichtig das gleiche für die Rechtsmittelhäufung annehmen müssen²²³), allerdings unter den gleichen strengen Voraussetzungen. Dazu ist erforderlich, daß sich die Ansprüche, derentwegen die Rechtsmittel eingelegt werden, gegenseitig ausschließen²²⁴), und daß beide Rechtsmittel bei dem gleichen Gericht eingelegt werden. Es ist beispielsweise unzulässig, bei Abweisung einer gegen A und B gerichteten Klage gegenüber A Berufung, vorsorglich gegenüber B Sprungrevision einzulegen, wohl aber erscheint es zulässig, falls die Ansprüche gegen A und B sich ausschließen, in erster Linie gegenüber A und nur vorsorglich für den Fall des Unterliegens auch gegenüber B Berufung einzulegen. Wird mit rechtskräftiger Entscheidung über das gegen A gerichtete Rechtsmittel die Entscheidung über die vorsorgliche Berufung hinfällig, so wird — wie bei der Berufungszurücknahme — das die

²¹⁸) Vgl. Einzelheiten bei *Rosenberg*, § 61 IV 3 d u. *Lang*, S. 74 ff.

²¹⁹) *Goldschmidt*, S. 486.

²²⁰) So jedoch *Goldschmidt*, S. 484.

²²¹) AaO. S. 486; vgl. OLG Karlsruhe Rsp. 11, S. 77/78.

²²²) *Rosenberg*, *Helwig*, *Lang*, s. oben S. 130 f.

²²³) A. A. *Lang*, S. 28 unter Berufung auf *Stein-Jonas-Schönke*, vor § 128 N 100, die aber die Zulässigkeit der eventuellen subjektiven Klagenhäufung verneinen; vgl. I 2 vor § 59.

²²⁴) Zur Frage der Ausschließung bei der eventuellen subjektiven Klagenhäufung vgl. *Lang*, S. 68.

Klage gegen B abweisende Urteil rückwirkend vom Zeitpunkt des Ablaufs der Berufungsfrist an rechtskräftig²²⁵⁾). Für den Ablauf des Verfahrens und für die Frage, was Entscheidungsgegenstand sein soll, entsteht hier, da beide Rechtsmittel gleichzeitig derselben Instanz vorliegen, ebensowenig eine Unsicherheit, wie bei der eventuellen objektiven Rechtsmittelhäufung in einer bereits eröffneten Rechtsmittelinstanz. Die Interessen des Gegners aber sind hinreichend durch eine entsprechende Anwendung des § 515 Abs. 3 gewahrt.

Im Eventualverhältnis können nicht nur Anträge, sondern nach der h. L. auch die der Schaffung der Urteilsgrundlage dienenden Behauptungen und Beweisantritte vorgebracht werden²²⁶⁾). Ebenso wie bei den Eventualanträgen ist die Klarheit der prozessualen Situation gewahrt, wenn nur gleichzeitig eine unbedingte Behauptung vorgebracht wird, mag zwischen beiden Behauptungen auch ein Widerspruch bestehen. Die Bestimmung des § 138 steht nur entgegen, wenn eine Partei bewußt unwahre Hilfsstatsachen vorbringt. Die Tatsache allein, daß beide Behauptungen sich logisch ausschließen, läßt das Vorbringen noch nicht als unzulässig erscheinen²²⁷⁾, da die Behauptungen in erster Linie²²⁸⁾ die Funktion haben, Prozeßstoff zu liefern, und erst in zweiter Linie auf die Überzeugung des Gerichts einwirken sollen, denn dazu dienen die Beweismittel. Zu einem solchen widerspruchsvollen Vorbringen können vor allem Beweisschwierigkeiten nötigen. Es ist allerdings *v. Hippel*²²⁹⁾ darin zuzustimmen, daß der Widerspruch zwischen den beiden Behauptungen in der Regel praktisch dadurch abgeschwächt wird, daß Prinzipal- und Hilfsbehauptung in Wirklichkeit nicht mit gleicher Gewißheit vorgetragen werden.

Unterscheidet sich ein derartiges Eventualvorbringen von den Eventualanträgen dadurch, daß das Gericht nur bei diesen an die von den Parteien vorgeschriebene Reihenfolge gebunden ist²³⁰⁾, so beruht doch bei beiden die Zulässigkeit der Eventualvornahme in den hier beschriebenen Grenzen auf dem gleichen Grunde: die Bestimmung des Entscheidungsgegenstandes und

²²⁵⁾ Vgl. *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 705 II 4.

²²⁶⁾ Vgl. u. a. *Goldschmidt*, S. 489; *v. Hippel*, Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien, S. 93; *Rosenberg*, § 61 IV 2; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, V 9 a vor § 128; a. A. *Pfizer*, ZZP 21, 367 ff. (1895) und teilweise auch *Hellwig*, Prozeßhandlung, S. 100.

²²⁷⁾ *Görres*, ZZP 34, S. 43 (1905); a. A. *v. Hippel*, aaO. S. 93 Anm. 20; *Pfizer*, aaO. S. 375; *Fischer*, S. 77.

²²⁸⁾ *Goldschmidt* sieht hierin ihre alleinige Aufgabe, S. 489.

²²⁹⁾ AaO. S. 93 Anm. 20.

²³⁰⁾ A. A. *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, V 9 a vor § 128. Es ist jedoch *Hellwig*, Syst. I, 434, darin zuzustimmen, daß das Gericht nur dann an die von den Parteien vorgeschriebene Reihenfolge gebunden ist, wenn mit den Behauptungen verschiedene Anträge begründet werden, von denen einer in Eventualstellung steht.

die Schaffung der Urteilsgrundlage soll dem Willen der Parteien soweit überlassen bleiben, als es mit Rücksicht auf die Notwendigkeit einer sicheren Entscheidungsgrundlage möglich ist.

Wird demnach die Wirkung einer PH von einer Entscheidung oder einer Beurteilung des gleichen Gerichts in derselben oder in einer zusammenhängenden Sache abhängig gemacht, so geht durch die Abhängigkeit von einem derart begrenzten innerprozessualen Ereignis die Bestimmtheit des Entscheidungsgegenstandes und der Urteilsgrundlage nicht verloren.

Insoweit sind bedingte PHen zulässig.

Die gleiche Sicherheit ist für das Gericht nicht gewährleistet, wenn eine PH unter der Bedingung vorgenommen wird, daß der Gegner seinerseits eine PH vornimmt oder unterläßt. Mag auch die PH des Gegners eine bestimmte prozessuale Situation schaffen — z. B. bei einem Geständnis unter der Bedingung, daß der Gegner seine Widerklage zurücknimmt —, so hängt doch die Beendigung des Schwebezustandes ganz von der Willkür einer Partei ab; und das Gericht bleibt bis dahin im ungewissen, was Entscheidungsgegenstand und Urteilsgrundlage ist. Dadurch wird das Gericht in der Durchführung des Verfahrens erheblich gehemmt, anders als bei den zulässigen, oben dargestellten Eventualanträgen und -behauptungen, wo die Unsicherheit nur in der jedem Verfahren bis zu seiner Entscheidungsreife anhaftenden Ungewißheit bezüglich der Beurteilung der Sach- und Rechtslage besteht.

Ein Eventualantrag, der davon abhängig gemacht wird, daß der Gegner im Verfahren aufrechnet oder Widerklage erhebt, ist daher unzulässig. Das gleiche muß auch für die oft behandelte Frage des eventuellen Geständnisses für den Fall, daß der Gegner seinerseits eine Behauptung zugesteht²³¹⁾, gelten. Selbst wenn man ein eventuelles Geständnis zulassen wollte²³²⁾, was hier dahingestellt bleiben kann, wird man es doch nur von einer bestimmten Gestaltung der Prozeßlage durch das Gericht selbst abhängig machen können²³³⁾.

Eine für das Gericht untragbare Unsicherheit entsteht dagegen nicht, wenn der Eventualantrag die Vornahme oder Nichtvornahme einer PH des Gegners, von der er abhängig gemacht wird, ohnehin zur rechtlichen Voraussetzung hat.

²³¹⁾ Bejahend: *Hölder*, ZZP 28, 408; verneinend: *Hellwig*, Syst. I § 148 II 2 Anm. 8.

²³²⁾ Bejahend u. a. *Hölder*, ZZP 28, 408; *Seuffert-Walsmann*, § 288, 2c; OLG Hamburg, SA 58, 475 Nr. 250; einschränkend *Rosenberg*, § 113 I 1c; a. A. *Bülow*, Geständnisrecht, S. 260, 266; *Hellwig*, Syst. I § 148 II 2, Prozeßhandlung § 9 III 1; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 288 II 2.

²³³⁾ Vgl. die Beispiele bei *Goldschmidt*, S. 494, der allerdings nicht zum Ausdruck bringt, ob er das eventuelle Geständnis nur in so engen Grenzen zulassen will.

Das Gesetz läßt derartige „PHen auf Vorrat“²³⁴⁾ selbst zu, z. B. in § 696 Abs. 1 S. 2. Mit dem sonstigen Eventualvorbringen besteht insofern eine Verwandtschaft²³⁵⁾, als derartige PHen unter der aufschiebenden Bedingung des Eintritts einer Zulässigkeitsvoraussetzung vorgenommen werden²³⁶⁾. Das Gesetz läßt derartige Eventualanträge auch nur in Verbindung mit einem unbedingt gestellten Antrag zu. Die Problematik eines solchen Eventualantrags liegt aber nicht in der Schaffung einer bis zum Eintritt der Bedingung fort-dauernden Ungewißheit darüber, ob er zum Entscheidungsgegenstand wird oder nicht — die Ungewißheit über den weiteren Verlauf des Verfahrens besteht bis zum Handeln des Gegners oder bis zum Verstreichen einer bestimmten Frist ohnehin —, sondern darin, ob die bei ihrer Vornahme unzu-lässige PH mit dem Eintritt der Zulässigkeitsvoraussetzungen noch wirksam ist²³⁷⁾. Das steht nicht in Frage, soweit das Gesetz eine solche Eventualvor-nahme ausdrücklich zuläßt. Fraglich ist dies nur in den gesetzlich nicht ge-regelten Fällen. Läßt das Prozeßrecht jedoch die rückwirkende Genehmigung einer bei der Vornahme unwirksamen Handlung zu, so wird es erst recht die Fortdauer der sich aus der Vornahme ergebenden Folgen bis zum Eintritt der Zulässigkeitsvoraussetzungen in Kauf nehmen können. Allerdings ist die für das Gericht notwendige Gewißheit, was nach dem Willen der Parteien Entscheidungsgegenstand sein soll, nur gewährleistet, wenn dieser Wille bei Eintritt der Zulässigkeitsvoraussetzung für das Gericht ohne weiteres er-kenubar ist. In der Regel wird das Gericht davon ausgehen können, daß, solange der Eventualantrag nicht zurückgenommen worden ist, dieser auf-rechterhalten bleiben soll. Man wird mit der h. L. die Anträge gem. § 109 Abs. 2 (in Verbindung mit dem Antrag gem. § 109 Abs. 1)²³⁸⁾ und gem. § 901 (in Verbindung mit dem Antrag gem. § 900)²³⁹⁾, sowie den Antrag auf Erlaß des Vollstreckungsbefehls in Verbindung mit dem Antrag auf Erlaß eines Zahlungsbefehls²⁴⁰⁾ als Eventualanträge zulassen können. Mag es auch — vor allem im Mahnverfahren — vorkommen, daß sich der Eventualantrag durch eine außergerichtliche Handlung des Gegners erledigt und nur versehentlich nicht zurückgezogen wird²⁴¹⁾, so kann man doch nicht wegen einer solchen

²³⁴⁾ Vgl. *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, V 9e vor § 128 und *Lang*, S. 86 ff. mit weiteren Nachweisen.

²³⁵⁾ *Goldschmidt*, S. 493/4.

²³⁶⁾ *Lang*, aaO. setzt beides Eventualvorbringen gleich.

²³⁷⁾ *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, V 9e vor § 128.

²³⁸⁾ *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 109 IV 4; *Rosenberg*, § 81 II 3; schon *Stein*, DJZ 1913, Sp. 40; a. A. *Levis*, ZZP 34, S. 187/188.

²³⁹⁾ *Rosenberg*, § 197 II 4 c; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 901 II.

²⁴⁰⁾ Vgl. dazu *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 699 II 1 mit Nachweisen.

²⁴¹⁾ Darauf beruft sich *Stein*, DJZ 1913, Sp. 41; ähnlich für § 109 *Levis*, aaO.

Möglichkeit für alle derartigen Eventualanträge die Folgerung ziehen, daß es zweifelhaft sei, ob die Partei noch den Willen habe, ihren Eventualantrag aufrechtzuerhalten. Auch praktische Gründe sprechen für die Zulässigkeit derartiger Eventualanträge²⁴²).

V. *Zusammenfassend* ist also festzustellen: eine PH kann, soweit sie der Bestimmung des Entscheidungsgegenstandes oder der Beschaffung der Urteilsgrundlage dient — nicht dagegen, wenn sie zur formalen Gestaltung des Verfahrens vorgenommen wird —, bei mindestens gleichzeitiger Vornahme einer unbedingten PH an den Eintritt eines innerprozessualen Ereignisses geknüpft werden, wenn dieses entweder in einer bestimmten Gestaltung des Verfahrens durch das Gericht besteht oder in einem Verhalten des Gegners, das ohnehin rechtliche Voraussetzung für die Zulässigkeit des Eventualantrages ist.

Nur in diesen engen Grenzen kann das Prozeßrecht dem Willen der Parteien Rechnung tragen. Hierbei handelt es sich nicht um bürgerlichrechtliche Bedingungen im Sinne des § 158 BGB, sondern um diesen entsprechende²⁴³) *selbständige* Formen des Prozeßrechts. Das zeigt schon die verschiedene Wirkung beim Eintritt der auflösenden Bedingung je nachdem, ob sich die Bedingung auf ein Rechtsgeschäft oder eine PH bezieht²⁴⁴).

Während im materiellen Bereich im Interesse der Klarheit der Rechtslage ein einmal entstandenes Rechtsverhältnis auch bei Vereinbarung der Rückwirkung mit Eintritt der auflösenden Bedingung nicht rückwirkend mit dinglicher Wirkung zum Erlöschen gebracht werden kann²⁴⁵), sondern allenfalls eine persönliche Verpflichtung zur Rückgabe entsteht (§ 159 BGB), ist es umgekehrt mit dem auf das Urteil als Endziel gerichteten Verfahren nicht vereinbar, nach Eintritt der auflösenden Bedingung den Bestand der Rechtshängigkeit des Eventualantrages bis zu diesem Zeitpunkt anzunehmen, da ein einmal eingeleitetes Verfahren nicht einfach als beendet angesehen werden könnte, sondern mit justizförmigen Mitteln beendet werden müßte; daher entspricht es dem Wesen des Prozeßrechts, in entsprechender Anwendung des § 271²⁴⁶) das rückwirkende Erlöschen der Rechtshängigkeit anzunehmen.

Auch die Vorschriften der §§ 160, 161 BGB finden keine Anwendung²⁴⁷).

²⁴²) Vgl. *Stein-Jonas-Pohle*, 16. Aufl., § 699 II 1 und die folgenden Aufl. abweichend von der 15. Aufl.

²⁴³) Vgl. auch *Lang*, S. 22.

²⁴⁴) Vgl. oben S. 129; *Rosenberg*, § 61 IV 3a a. E.

²⁴⁵) *Staudinger*, § 159 Bem. 2.

²⁴⁶) Vgl. oben S. 129; für die subjektive eventuelle Rechtsmittelhäufung findet § 515 entspr. Anwendung, vgl. oben S. 135.

²⁴⁷) Vgl. *Lang*, S. 22.

Dagegen gilt der in § 162 BGB zum Ausdruck kommende Grundsatz, wie noch zu zeigen sein wird, weitgehend auch für das Prozeßrecht.

Dieser grundsätzliche Unterschied in der Behandlung der Bedingung wird für unsere weitere Untersuchung der Rechtsnatur der — als PHen umstrittenen — Parteihandlungen von Bedeutung sein.

§ 17. Die Anwendbarkeit der Grundsätze von Treu und Glauben, der guten Sitten und des Schikaneverbots

Die in der Überschrift genannten Grundsätze, die im bürgerlichen Recht entwickelt worden sind, könnten ebenfalls als Kriterien in dem erörterten Sinne für unsere Untersuchung von Bedeutung sein. Wie ich bereits an anderer Stelle dargelegt habe²⁴⁸⁾, unterliegt jedoch das Parteiverhalten sowohl bei der Beschaffung der Urteilsgrundlage als auch bei der Verfahrensgestaltung dem Treu- und Glaubensprinzip. Dieses ist nicht auf die gesetzliche Regelung beschränkt, wie *Novak*²⁴⁹⁾ meint. Eine Begrenzung ergibt sich vielmehr aus der Verpflichtung des Staates zur Rechtsschutzgewährung, dem Interesse an einem möglichst sicheren Verfahrensablauf und der damit zusammenhängenden Formstrenge des Verfahrensrechts.

Für den Richter ist das Treu- und Glaubensprinzip Maßstab für die Beurteilung des Parteiverhaltens im Prozeß und somit Urteilsmaßstab. Es dient ferner dem Schutz der Rechtspflegeorgane vor einer rechtsmißbräuchlichen Ausnutzung ihrer Tätigkeit und übt damit wie im bürgerlichen Recht die Funktion der Arglistabwehr aus.

Für die Parteien ist es Verhaltensmaßregel. Da es nicht im freien Belieben der Parteien steht, wie sie sich im Prozeß verhalten, kann man von einer prozessualen Pflicht²⁵⁰⁾ sprechen, die Grundsätze von Treu und Glauben zu beachten. Im Verhältnis der Parteien zueinander verwehrt das Treu- und Glaubensprinzip nicht nur eine schikanöse Ausnutzung formal gegebener prozessualer Befugnisse, sondern übt auch, wie meine Ausführungen über den Grundsatz des *venire contra factum proprium* gezeigt haben²⁵¹⁾, eine Vertrauensschutzfunktion aus.

Die Vorschriften der §§ 138, 226 BGB finden dagegen im Erkenntnisverfahren nicht selbständig Anwendung. Ein sittenwidriges oder schikanöses Verhalten stellt jedoch in der Regel einen — besonders schweren — Verstoß

²⁴⁸⁾ ZZZ 69, 89 ff.

²⁴⁹⁾ Österr. JZ 1949, 338 ff.

²⁵⁰⁾ Vgl. *Lent*, ZZZ 67, 344 ff.

²⁵¹⁾ ZZZ 69, 120 ff.

gegen den Grundsatz von Treu und Glauben dar und wirkt sich entsprechend auch im Erkenntnisverfahren aus²⁵²). Die unterschiedliche Regelung im bürgerlichen und Prozeßrecht bezüglich der Geltung der Grundsätze der guten Sitten und des Schikaneverbots kann daher auch nur eingeschränkt für die Bestimmung der Rechtsnatur der umstrittenen Parteihandlungen herangezogen werden.

§ 18. Internationales und intertemporales Recht

I. Die Abgrenzung der PHen von dem bürgerlichrechtlichen Parteiverhalten ist von besonderer Bedeutung für das internationale Recht. Während für PHen auf Grund des Territorialitätsprinzips²⁵³) und mit Rücksicht auf die Einheit des Prozesses²⁵⁴) die *lex fori* gilt, finden auf Vorgänge materiell-rechtlicher Natur, z. B. den außergerichtlichen Vergleich²⁵⁵), die Grundsätze des internationalen Privatrechts Anwendung. Dieser allgemein anerkannte²⁵⁶) Unterschied ist für unsere weitere Untersuchung als Kriterium jedoch nicht verwertbar. Die Qualifikation eines Parteiverhaltens als PH ist eine Vorfrage, die unabhängig von internationalen Rechtsbeziehungen nach deutschem Zivilprozeßrecht zu beantworten ist²⁵⁷). Die *lex fori* gilt, wie oben angedeutet, lediglich für die Qualifikation als PH. Ob darüber hinaus auf eine PH — besonders bei Prozeßverträgen — materielles Recht und somit u. U. ausländisches materielles Recht nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechts zur Anwendung kommt, ist eine andere Frage, die hier nicht weiter zu untersuchen ist.

II. Das gleiche gilt für das intertemporale Recht. Auch hier ist die Qualifikation Vorfrage. Sie ist insofern von Bedeutung, als schon bestehende bürgerlichrechtliche Schuldverhältnisse in der Regel von einer Gesetzesänderung nicht betroffen werden, während für PHen das Gesetz maßgebend ist, das

²⁵²) Baumgärtel, ZZZ 69, 131.

²⁵³) Bülow, AcP 64, 51; Riezler, Internationales Zivilprozeßrecht und prozessuales Fremdenrecht, S. 94.

²⁵⁴) Riezler, aaO.

²⁵⁵) Vgl. Riezler, aaO. S. 92; Schnorr von Carolsfeld, Beiträge zur Lehre vom Vergleich, Breslau 1929, S. 55.

²⁵⁶) Vgl. u. a. Baumbach-Lauterbach, Gr. 5 D vor § 128; Neuner, S. 2; Rosenberg, § 6 II 1; R. Schmidt, S. 146; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, V 1 vor § 128.

²⁵⁷) Riezler, aaO. 101 ff.; zur Vorfrage im Kollisionsrecht vgl. Wengler, RabelsZ 8 (1934), S. 148 ff. Mit Recht folgert daher Schiedermair für die Prozeßverträge aus der von ihm angenommenen prozessualen Rechtsnatur die Anwendung der *lex fori*, vgl. Prozeßvereinbarungen, S. 164.

§ 19. Kriterien für die Bestimmung der Rechtsnatur

zur Zeit ihrer Vornahme gilt²⁵⁸). Diese Unterscheidung besteht, soweit eine geschriebene Kollisionsnorm nicht vorliegt. Wie Art. 9 III der Novelle vom 27. 10. 1933 (RGBl I 788) zeigt, erstreckt der Gesetzgeber häufig die Gesetzesänderung sowohl auf PHen als auch auf bürgerlichrechtliche Verträge, wenn man den Schiedsvertrag als solchen ansieht. Auf die Qualifikation einer Parteihandlung haben der für die ungeschriebene Kollisionsnorm aufgezeigte Unterschied und die für diese verschiedene Regelung maßgebenden Gründe, wie die Unzumutbarkeit für den Richter, gleichzeitig anhängige Verfahren nach verschiedenen Verfahrensvorschriften zu behandeln²⁵⁹), keinen Einfluß. Die Bestimmung der Rechtsnatur einer Parteihandlung ist unabhängig hiervon vorzunehmen.

§ 19. Die Kriterien, die für die Bestimmung der Rechtsnatur der umstrittenen Parteihandlungen geeignet sind

Unterliegen die zum Begriffskern gehörenden PHen hinsichtlich der Voraussetzungen auch weitgehend einer selbständigen Regelung, so sind doch nur wenig Unterschiede feststellbar, die als Kriterien für die Bestimmung der Rechtsnatur der umstrittenen Parteihandlungen geeignet sind. Das liegt einmal daran, daß die prozessuale Regelung trotz ihrer Selbständigkeit bei einigen Voraussetzungen nicht wesentlich von der bürgerlichrechtlichen Regelung abweicht, und zum anderen daran, daß die vorgeschlagene Methode, die umstrittenen Parteihandlungen darauf zu untersuchen, welche Regelung ihrem abstrakten Zweck am besten entspricht, bezüglich einiger Voraussetzungen nicht angewandt werden kann, da die Qualifikation hier Vorfrage ist. Nur die unterschiedlichen Regelungen bezüglich der Art und Weise des Zustandekommens, der Prozeß- und Geschäftsfähigkeit, der Willensmängel, der Bedingungen und des Grundsatzes der guten Sitten sowie des Schikaneverbotes sind mehr oder weniger als Kriterien für unsere Untersuchung geeignet.

²⁵⁸) *Rosenberg*, § 6 1; *R. Schmidt*, S. 145; eingehend *Sieg*, SJZ 1950, Sp. 878 ff., ZJP 65, 249 ff.

²⁵⁹) Vgl. *Neuner*, S. 4; *Niederländer*, RabelsZ 1955, 26 f.

III. TEIL

Die umstrittenen einseitigen Parteihandlungen

Es ist Aufgabe der folgenden Einzeluntersuchung, die umstrittenen Grenzfälle an Hand der bei den unbestrittenen PHen gefundenen Kriterien auf ihre Zugehörigkeit zum PHbereich zu überprüfen. Dabei sind die einseitigen Parteihandlungen und die Prozeßverträge getrennt zu untersuchen. Bei beiden ist die Frage der Zugehörigkeit zum PHbereich sowohl unter der Fragestellung der Abgrenzung der PH von dem bürgerlichrechtlichen Parteiverhalten als auch unter der der funktionellen Bedeutung für den Prozeß zu prüfen. Im Hinblick auf die große Anzahl der umstrittenen Grenzfälle können nur die praktisch wichtigsten herangezogen werden. Entsprechend der in dieser Arbeit verfolgten Methode ist dabei zunächst von denjenigen umstrittenen Parteihandlungen auszugehen, die sachlich den zum Begriffskern gehörenden unbestrittenen PHen am nächsten stehen, insofern als sie begriffsnotwendig *innerhalb* des anhängigen Verfahrens vorgenommen werden müssen. Von hier aus ist immer weiter zu den Grenzfällen fortzuschreiten, die für den Begriffshof in Betracht kommen. Das sind zuerst diejenigen Parteihandlungen, die sowohl innerhalb als auch außerhalb des Verfahrens, in der Regel aber während eines anhängigen Verfahrens vorgenommen werden, und dann diejenigen Parteihandlungen, die regelmäßig oder doch vielfach vor Beginn des Verfahrens vorgenommen werden. Hierbei ist auf die mit der Rechtsnatur der jeweiligen Parteihandlung zusammenhängenden Einzelprobleme nur insoweit einzugehen, als es zur Absteckung des PHbereichs erforderlich ist. Im Vordergrund stehen die Fragen nach der Wirkung, der Regelung der Voraussetzungen und der Funktion der einzelnen Parteihandlungen und Prozeßverträge.

§ 20. Parteihandlungen, die begriffsnotwendig innerhalb des Verfahrens vorgenommen werden

I. Anerkenntnis und Verzicht

Diese beiden Parteihandlungen sind gemeinsam zu behandeln. Das Anerkenntnis ist das Gegenstück zum Verzicht, der gewissermaßen ein negatives Anerkenntnis darstellt. Wie noch zu zeigen sein wird, kommt beiden Parteihandlungen die gleiche prozessuale Funktion zu. Die folgenden Ausführungen über das Anerkenntnis, das wegen seiner größeren praktischen Bedeutung in den Vordergrund gestellt werden soll, gelten entsprechend für den Verzicht.

In dem Streit um die Frage ihrer Rechtsnatur konnte bisher eine Einigung nicht erzielt werden. Die früher gelegentlich vertretene Auffassung von der rein materiellrechtlichen Natur dieser Parteihandlungen¹⁾ hat gegenüber den beiden anderen Theorien, die entweder reine PHen²⁾ oder PHen mit Doppelnatur³⁾ annehmen, wenig Anklang gefunden und wird, soweit zu übersehen ist, jetzt nicht mehr vertreten. Gegen diese Theorie spricht schon die prozessuale Wirkung des Anerkenntnisses, die in einem weitgehenden⁴⁾ Ausschluß der Sachprüfung durch das Gericht und in der Bindung des Anerkennenden an seine Erklärung besteht⁵⁾. Der prozessuale Charakter der Wirkung läßt jedoch noch nicht den Schluß zu, daß dem Anerkenntnis eine rein prozessuale Rechtsnatur zukommt. Da die Figuren des Anerkenntnisses und des Verzichts auch dem bürgerlichen Recht in den verschiedensten Formen⁶⁾ bekannt sind,

¹⁾ *Eccius*, Gruch 30, 465 f.; vgl. dazu *Süss*, *Anerkenntnis*, S. 31.

²⁾ Vgl. u. a. *Baumbach-Lauterbach*, Einf. 1 vor § 306; *de Boor*, § 27 I; *R. Bruns*, § 29 I u. II; *Degenkolb*, Beiträge zum Zivilprozeß, Leipzig 1905, S. 145 ff.; *Goldschmidt*, S. 312, 468; *Hegler*, Beiträge, S. 135 ff. (mit weiteren Nachweisen aaO. S. 131 Anm. 1); *Hellwig*, Syst. I, 444; *Kisch*, Recht 1924, 1 ff.; *Lehmann*, Festgabe für Paul Krüger, S. 217; *Lent*, § 47; DRZ 1948, 9 ff.; *Neuner*, S. 134 ff.; *Niese*, Prozeßhandlungen, S. 54, 84; *Nikisch*, § 66 I 2; *Pohle*, JZ 1956, 54; *Rosenberg*, § 131 I 6 b β; SJZ 1950, 129 (Anm.); *Sauer*, Prozeßrechtslehre, § 9 II 2; *Süss*, Anerkenntnis, S. 29 ff., 54 ff. (mit weiteren Nachweisen aaO. S. 29 Anm. 1, S. 52 Anm. 73); *Wach*, ZZZP 27, 16 f.; *Walsmann*, AcP 102, 186 ff., 196; *Lent*, Festgabe für Rosenberg, S. 123 ff.; in der Rechtsprechung wurde bisher diese Auffassung nur vereinzelt vertreten; OLG Kiel JW 1935, 2346; LG Hamburg MDR 1953, 740; für den Klageverzicht neuerdings der BGH in seinem Urteil vom 1. 7. 1955, JZ 1956, 62 = FamRZ 1955, 359 = ZZZP 69, 34; offengelassen in RGZ 156, 70 (73); 165, 85 (87). Für das österreichische Recht: *Pollak*, System des Oesterreichischen Zivilprozeßrechtes mit Einschluß des Exekutionsrechtes, I S. 380, 394; für das schweizerische Recht: *Guldener*, Das Schweizerische Zivilprozeßrecht, Zürich 1947/48, I S. 248.

³⁾ Vgl. u. a. *Alberti*, DGRW 1941, 174; *Ebbecke*, ZZZP 48, 153 Anm. 1; *Nußbaum*, Prozeßhandlungen, S. 77; *Schönke-Schröder-Niese*, § 53 II, § 31 II; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 307 I 2 (mit Nachweisen N. 14); diese Auffassung wird überwiegend von der Rechtsprechung vertreten; Nachweise bei *Süss*, aaO. S. 33 Anm. 13; ferner OLG Düsseldorf HEZ 2, 54 = SJZ 1948, 459 ff.; OLG Saarbrücken SJZ 1950, 128. Ähnlich ist die Auffassung von *Kohler*, der eine prozessuale Rechtshandlung mit zivilrechtlicher Wirkung annimmt, vgl. ZZZP 29, 34 ff.; ähnlich auch *Pagenstecher*, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, Berlin 1904, S. 278, vgl. dazu *Süss*, *Anerkenntnis*, S. 34.

⁴⁾ Auf die Wirkungsgrenzen des Anerkenntnisses braucht hier nicht eingegangen zu werden. Vgl. dazu eingehend *Hegler*, Beiträge, S. 252 ff.; *Süss*, aaO. S. 111 ff. Die neuerdings von *Arndt*, DRichtZ 1954, 163, vertretene Auffassung, daß der Beklagte auch dann zu verurteilen sei, wenn der klägerische Anspruch aus einem erkennbar unsittlichen Rechtsgeschäft geltend gemacht wird, ist schon von *Süss* treffend widerlegt worden, vgl. aaO. S. 180 f. (mit Nachweisen Anm. 5 und 6).

⁵⁾ Vgl. *Hegler*, aaO. S. 21, 116, 135, 136; *Lehmann*, Festgabe für Paul Krüger, S. 217; *Süss*, aaO. S. 69, 72.

⁶⁾ Vgl. dazu eingehend *Lent*, Festgabe für Rosenberg, S. 123 ff.

liegt die Annahme eines Zusammenhangs der Wirkungen auf beiden Rechtsgebieten nahe. Den beiden Parteihandlungen kommt nur dann reiner PH-charakter zu, wenn ein begriffsnotwendiger Zusammenhang zwischen den prozessualen und den — möglichen — materiellrechtlichen Wirkungen nicht besteht, wenn also der Eintritt der prozessualen Wirkungen von dem Bestehen materiellrechtlicher Wirkungen unabhängig ist. Für den Zusammenhang der Wirkungen auf beiden Rechtsgebieten sind drei Möglichkeiten denkbar:

1. Die prozessuale Wirkung tritt nur ein, wenn das Anerkenntnis gleichzeitig eine materiellrechtliche Wirkung hat;
2. neben der prozessualen Wirkung *kann* eine materiellrechtliche Wirkung eintreten;
3. neben der prozessualen Wirkung ist der Eintritt einer materiellrechtlichen Wirkung objektiv ausgeschlossen.

Nur im ersten Fall ist der Zusammenhang beider Wirkungen so eng, daß von einer „Doppelnatur“ gesprochen werden kann, während im zweiten Fall die materiellrechtliche Wirkung lediglich eine zufällige Begleiterscheinung ist⁷⁾.

Die Auffassung von der Doppelnatur ist von den Vertretern der rein prozessualen Theorie, vor allem von *Degenkolb*, *Hegler*, *Lent* und *Süss*⁸⁾ bereits so eingehend widerlegt worden, daß es müßig wäre, ihre Argumente, die nur in untergeordneten Fragen voneinander abweichen, zu wiederholen. Es soll im folgenden lediglich vom Standpunkt der hier angewandten funktionellen Betrachtungsweise aus geklärt werden, ob zwischen der prozessualen und der — denkbaren — materiellrechtlichen Funktion des Anerkenntnisses ein so enger Zweckzusammenhang besteht, daß von einer Doppelfunktionalität gesprochen werden kann⁹⁾.

Beim Anerkenntnis ist der Funktionsgegensatz von „Rechtnehmen“ und „Rechtgeben“ gegenüber den anderen Parteihandlungen stark zugunsten des Rechtnehmens verschoben. Die Beteiligung der Parteien an der Herstellung des Rechtsfriedens ist hier, wie sich schon an der prüfungsausschließenden Wirkung des Anerkenntnisses zeigt¹⁰⁾, stärker als sonst. Das „streitlose Verhalten“¹¹⁾ des Anerkennenden ist der entscheidende Schritt zur Herbeiführung des Rechtsfriedens. Dem Anerkenntnis kommt eine „streitbeendende

⁷⁾ S. dazu oben S. 91.

⁸⁾ S. oben Anm. 2.

⁹⁾ S. oben S. 99.

¹⁰⁾ Vgl. *Hegler*, aaO. S. 241.

¹¹⁾ *Hegler*, aaO. S. 229; *Süss*, aaO. S. 61; *Goldschmidt*, S. 314.

Funktion¹²⁾ zu. Für ein kontradiktorisches Urteil ist, soweit die Wirkungsgrenzen des Anerkenntnisses reichen, kein Raum mehr¹³⁾. Die Streitbeendigende Funktion des Anerkenntnisses ist völlig unabhängig von der materiellen Rechtslage. Zwar kann aus dem streitlosen Verhalten des Beklagten in der Regel der Schluß gezogen werden, daß er den klägerischen Anspruch auch nicht bestreiten kann¹⁴⁾, jedoch nimmt das Gesetz auch die selteneren Fälle in Kauf¹⁵⁾, in denen der Beklagte, obwohl er den Anspruch bestreiten könnte, die Herstellung des Rechtsfriedens vorzieht¹⁶⁾. Es ist dies ein Fall „statthafter Selbstschlichtung durch eine Streitpartei“¹⁷⁾. Ist der Zweck des Prozesses auch die Herbeiführung eines der wahren Rechtslage entsprechenden Urteils, so kann es doch, soweit nicht öffentliche Interessen entgegenstehen¹⁸⁾, den Parteien überlassen bleiben, den Rechtsfrieden unabhängig von der materiellen Rechtslage wiederherzustellen. Der Prozeßzweck tritt zurück, wenn sich die Partei, deren Interessen betroffen werden, selbst streitlos verhält. Das Interesse an der Herstellung des Rechtsfriedens geht hier vor. Nur um dem Prozeßzweck gerecht zu werden, bedarf es daher nicht der Konstruktion einer gleichzeitig materiellrechtlichen und prozessualen Funktion des Anerkenntnisses.

Auch die auf die Prozeßentwicklung ausgerichtete Einzelfunktion des Anerkenntnisses, die in der Schaffung der Urteilsgrundlage¹⁹⁾ zu sehen ist, setzt zu ihrer Erfüllung nicht voraus, daß dem Anerkenntnis gleichzeitig eine materiellrechtliche Funktion zukommt. So wie auch sonst das prozessuale Verhalten einer Partei die Urteilsgrundlage beeinflussen kann — beispielsweise im Versäumnisverfahren²⁰⁾ oder bei verspätetem Vorbringen —, ist beim Anerkenntnisurteil das prozessuale Verhalten des Anerkennenden und nicht die materielle Rechtslage bestimmend für die Urteilsgrundlage: das Anerkenntnis selbst ist Urteilsgrundlage²¹⁾. Es trifft daher nicht zu, daß das

¹²⁾ Bötticher, JZ 1954, 244 (Anm.); vgl. auch Guldener, aaO. I S. 248/249.

¹³⁾ Der BGH (JZ 1954, 242) kommt zu dem gleichen Ergebnis, beruft sich m. E. aber zu Unrecht auf ein Fehlen des Rechtsschutzbedürfnisses.

¹⁴⁾ Hegler, aaO. S. 239 f., 256; Süß, aaO. S. 61, 101 f.

¹⁵⁾ Lehmann, aaO. S. 237 f.

¹⁶⁾ Vgl. dazu Süß, aaO. S. 60, 106 f.

¹⁷⁾ v. Hippel, Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozeß, S. 62.

¹⁸⁾ Auf die Gründe, die für eine Einschränkung der Wirkungsgrenzen des Anerkenntnisses maßgebend sind, braucht hier nicht näher eingegangen zu werden; vgl. dazu Süß, aaO. S. 96 ff.

¹⁹⁾ Vgl. Rosenberg, § 131 I 1; Süß, aaO. S. 6, 52, spricht von der „innerprozessualen Funktion der Urteilsbasis“.

²⁰⁾ Lent, Festgabe für Rosenberg, S. 141.

²¹⁾ Rosenberg, aaO.

Anerkenntnis nur dann eine prozessuale Funktion ausübt, wenn es gleichzeitig die materielle Rechtslage in Übereinstimmung mit dem klägerischen Begehren bringt. Die Doppelfunktionalität des Anerkenntnisses wird von *Niese*²²⁾ mit Recht verneint.

Eine andere Frage ist es, ob mit dem Anerkenntnis im konkreten Einzelfall *zufällig* ein materiellrechtliches Rechtsgeschäft verbunden sein kann oder ob dies der Natur der Sache nach ausgeschlossen ist, wie *Lent* für das konstitutive Anerkenntnis annimmt²³⁾. Von praktischer Bedeutung ist die Frage nur für den Fall, daß es trotz des Anerkenntnisses nicht zum Anerkenntnisurteil kommt, weil die Klage zurückgenommen wird oder ein Prozeßurteil ergeht²⁴⁾. Soweit man davon ausgeht, daß der Beklagte von der Richtigkeit der klägerischen Rechtsbehauptung überzeugt ist, muß *Lent* darin zugestimmt werden, daß das Anerkennen der Klageforderung mit der Schaffung einer neuen, unabhängigen Forderung unvereinbar ist²⁵⁾ und daß die Situation auch gegen ein deklaratorisches Anerkenntnis im Sinne eines Beweis- oder Feststellungsvertrags spricht²⁶⁾. Es handelt sich dabei um den „Normalfall“, von dem *Lent* mit Recht zur Charakterisierung des Anerkenntnisses ausgeht²⁷⁾. Ist der Beklagte dagegen von dem Bestehen des klägerischen Anspruchs nicht überzeugt und erkennt trotzdem an²⁸⁾, so besteht durchaus die Möglichkeit, daß er nicht nur den Streit schlichtet, sondern dem Kläger gleichzeitig einen neuen materiellrechtlichen Anspruch gewähren will. Hier ist denkbar, daß mit der prozessualen Erklärung ein konstitutives Anerkenntnis oder ein deklaratorisches im Sinne eines Feststellungsvertrages²⁹⁾ verbunden ist³⁰⁾. Das materielle Rechtsgeschäft ist dann aber nur zufällige Begleiterscheinung³¹⁾. Urteilsgrundlage ist auch hier nur die prozessuale Erklärung. Selbst wenn der Kläger das materiellrechtliche Anerkenntnis zur sachlichen Begründung der Klage hinzuzieht³²⁾, kann nicht ein kontradiktorisches Sachurteil, sondern nur ein auf dem

²²⁾ Prozeßhandlungen, S. 54 f., 84.

²³⁾ AaO. S. 125.

²⁴⁾ *Neuner*, S. 137.

²⁵⁾ AaO. S. 125.

²⁶⁾ AaO. S. 133 ff.

²⁷⁾ AaO. S. 134, 136.

²⁸⁾ Vgl. dazu *R. Bruns*, § 29 II; *Hegler*, aaO. S. 66 f., 67 Anm. 1, S. 69, 174, 203, 219 f.; *v. Hippel*, aaO. S. 62, 65 Anm. 44, S. 69; *Lehmann*, Festgabe für Paul Krüger, S. 236 f.; *Süss*, aaO. S. 60, 106 f.

²⁹⁾ Vgl. *Lent*, aaO. S. 135.

³⁰⁾ *Hegler*, aaO. S. 69; *Hellwig*, Syst. I S. 445; *Arndt*, DRichtZ 1954, 163.

³¹⁾ *Lehmann*, aaO. S. 218; *Rosenberg*, § 131 I 6 d.

³²⁾ Ob es sich dabei um eine Klageänderung handelt (*Lent*, aaO. S. 128 f.) oder nicht (*Rosenberg*, S. 625 Anm. 1), braucht hier nicht erörtert zu werden.

prozessualen Anerkenntnis beruhendes Anerkenntnisurteil ergehen³³⁾. Ob der Beklagte mit der prozessualen Erklärung eine materielle Rechtsänderung verbinden will, ist eine Frage des konkreten Einzelfalles. Es mag für den Bereich des bürgerlichen Rechts zutreffen, daß man aus einer wahrheitswidrigen Erklärung wie beispielsweise der Bestätigung des Empfangs eines gar nicht erhaltenen Darlehens auf den Willen schließen kann, ein selbständiges Anerkenntnis zu erklären³⁴⁾. Für das prozessuale Anerkenntnis, das in der Überzeugung des Nichtbestehens der klägerischen Forderung abgegeben wird, ist eine solche Schlußfolgerung nicht berechtigt. Die Situation, in der die Erklärung abgegeben wird, der schwebende Rechtsstreit und die Nähe des zu erwartenden Urteils, spricht auch in diesem Falle dafür, daß der Anerkennende nur den Streit schlichten, nicht aber auch die materielle Rechtslage verändern will³⁵⁾. Dafür müßten im konkreten Einzelfall besondere Umstände hervortreten, die einen solchen Willen deutlich werden ließen.

Sprechen Wirkung und Funktion des Anerkenntnisses dafür, daß es rein prozessualer Natur ist, so bleibt, um einen Vergleich mit den unbestrittenen PHen anstellen zu können, noch zu klären, welchen Grundsätzen die Ausgestaltung des Tatbestandes unterliegt.

Die Art und Weise des Zustandekommens ist allein vom Prozeßrecht geregelt. Dies spricht für die rein prozessuale Natur dieser Parteihandlung.

Ein materiellrechtliches Anerkenntnis, das zufällig mit dem prozessualen verbunden ist, folgt natürlich den Regeln des bürgerlichen Rechts. Eine Anfechtung dieses Rechtsgeschäfts beseitigt jedoch nicht die Wirkungen des prozessualen Anerkenntnisses³⁶⁾, da ein innerer Zusammenhang zwischen beiden Erklärungen fehlt. Auch eine Anwendung des § 139 BGB kommt nicht in Betracht. Es besteht auch kein praktisches Bedürfnis, einen solchen Zusammenhang zu konstruieren, nur um bei einem Willensmangel des Anerkennenden die prozessuale Wirkung beseitigen zu können³⁷⁾. *Lent* hat für den prozes-

³³⁾ Vgl. BGHZ 10, 333 = NJW 1953, 1830 = JZ 1954, 242 (mit Anm. von Bötticher).

³⁴⁾ RGZ 152, 164 f.

³⁵⁾ Vgl. *Guldener*, aaO. I S. 248 Anm. 7.

³⁶⁾ *Rosenberg*, SJZ 1950, 129 (Anm.).

³⁷⁾ *Schönke-Schröder-Niese* dagegen sehen den Wert der Lehre von der Doppelnatur des Anerkenntnisses vor allem darin, daß sie die Frage nach der Anfechtbarkeit befriedigend beantworte, vgl. § 53 II. Die Anfechtbarkeit wird von einem großen Teil der Rechtsprechung und von den Vertretern der Lehre von der Doppelnatur bejaht; vgl. die Nachweise bei *Süss*, aaO. S. 285 Anm. 7; vgl. ferner *Alberti*, DGWR 1941, 175; *Riezler*, SJZ 1948, 462 (Anm.); OLG Düsseldorf SJZ 1948, 459 ff.; offengelassen in RGZ 156, 70 (73); *Neuner* weist demgegenüber mit Recht darauf hin, daß die Regelung der Willensmängel allein nicht zur Ablehnung der rein prozessualen Natur des Anerkenntnisses berechtige, aaO. S. 139.

sualen Verzicht überzeugend nachgewiesen, daß die prozeßrechtliche Regelung den praktischen Bedürfnissen bei Vorliegen von Willensmängeln gerecht wird³⁸⁾. Diese Ausführungen gelten sinngemäß auch für das Anerkenntnis. Entgegen einer verbreiteten Auffassung³⁹⁾ ist eine entsprechende Anwendung des § 290 zwar abzulehnen⁴⁰⁾, da das Anerkenntnis und das Geständnis wegen ihrer ganz verschiedenen Bedeutung nicht gleich bewertet werden können⁴¹⁾, jedoch ist bei Zustimmung des Gegners ein Widerruf bis zum Erlaß des Anerkenntnisurteils⁴²⁾ für zulässig zu halten⁴³⁾. Bei Vorliegen eines Restitutionsgrundes wird von der h. L. aus prozeßökonomischen Gründen auch ein einseitiger Widerruf zugelassen⁴⁴⁾. Hierdurch werden Täuschung und Drohung fast im gleichen Umfange berücksichtigt wie im materiellen Recht. Ein erkennbarer Erklärungsirrtum kann durch das Gericht gem. § 139 richtiggestellt werden⁴⁵⁾, und ein Irrtum des Anerkennenden über die Rechtslage berechtigte auch nach materiellem Recht nicht zur Irrtumsanfechtung⁴⁶⁾.

Das Anerkenntnis als Unterwerfungsakt verlangt eine bedingungslose und vorbehaltlose Erklärung⁴⁷⁾. Es kann daher auch nicht wie andere der Beschaffung der Urteilsgrundlage dienende Parteihandlungen⁴⁸⁾ an den Eintritt eines innerprozessualen Ereignisses geknüpft werden. So liegt kein Anerkenntnis vor, wenn der Beklagte in erster Linie die Unzuständigkeit rügt und eventuell — für den Fall der Bejahung der Zuständigkeit — den klägerischen Anspruch anerkennt. In diesem Fall wird das Gericht den Beklagten nach Klärung der Zuständigkeitsfrage am besten darauf hinweisen, daß das Anerkenntnis unbedingt abzugeben sei. Dagegen wird die Klarheit der Prozeßlage nicht gemindert, wenn der Beklagte einen eventuell geltend gemachten Anspruch des Klägers anerkennt⁴⁹⁾. Es handelt sich dabei um ein antizipiertes Anerkennt-

³⁸⁾ DRZ 1948, 11 f.

³⁹⁾ Lehmann, aaO. S. 238; Rosenberg, § 131 I 5c; Wach, AcP 64, 249, 254.

⁴⁰⁾ Hegler, aaO., S. 170, 294 ff.; Süß, aaO. S. 290; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 307 V zu N. 48 mit weiteren Nachweisen.

⁴¹⁾ Vgl. Nikisch, § 66 I 3; v. Hippel, aaO. S. 64 Anm. 43.

⁴²⁾ Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 307 zu N 56 mit Nachweisen; a. A. Süß, aaO. S. 293 Anm. 27.

⁴³⁾ Die Frage, ob und inwieweit ein Widerruf zulässig ist, ist umstritten; vgl. die Nachweise bei Goldschmidt, S. 315 Anm. 1629. Für das österreichische Recht vgl. Klein-Schauer-Hermann, Die Zivilprozeßordnung und die Jurisdiktionsnorm, Kommentar, 9. Aufl., Wien 1934, § 395 ZPO Anm. 2.

⁴⁴⁾ Vgl. RGZ 156, 70 (78 ff.); de Boor, § 27 I 1.

⁴⁵⁾ Vgl. Nikisch, § 66 I 3, der die Berichtigung eines offenbaren Irrtums zuläßt.

⁴⁶⁾ Vgl. Lent, DRZ 1948, 12; RGZ 156, 73.

⁴⁷⁾ Baumbach-Lauterbach, Bem. 2 A vor § 306; Nikisch, § 66 II 1; Rosenberg, § 131 I 2.

⁴⁸⁾ S. oben S. 128 ff.

⁴⁹⁾ Bucerius, ZJP 37, 218 f.; zustimmend Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 307 N 6.

nis⁵⁰⁾, das zum Anerkenntnisurteil führen kann, wenn der Kläger den Eventualantrag zum Hauptantrag erhebt.

Auf die Ausübung der dem Kläger mit dem Anerkenntnis gegebenen prozessualen Befugnis findet auch der Grundsatz von Treu und Glauben Anwendung. Zu Unrecht wird dies vom RG mit der Begründung verneint, daß es sich beim „Anerkenntnis i. S. des § 307 ZPO. — einerlei, ob man ihm rein prozessualen oder auch bürgerlich-rechtlichen Charakter zuschreibt — nicht um ein Vertragsverhältnis handelt“⁵¹⁾.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß Anerkenntnis und Verzicht nicht doppel funktionelle, sondern reine PHen sind, die sowohl hinsichtlich der Voraussetzungen als auch der Wirkungen dem Prozeßrecht unterliegen. Im konkreten Einzelfall können mit den prozessualen Erklärungen allerdings gleichzeitig materielle Rechtsgeschäfte verbunden sein, ohne daß sich dadurch an der prozessualen Natur dieser Parteihandlungen etwas ändert. Auf die umstrittene Frage, ob es sich um eine prozessuale Willenserklärung⁵²⁾, eine Wissenserklärung⁵³⁾ oder um einen Alternativtatbestand⁵⁴⁾ handelt, braucht hier nicht eingegangen zu werden.

II. Die Vornahme einseitiger Gestaltungsgeschäfte im Prozeß

1. Die viel umstrittene Frage der Rechtsnatur der im Prozeß vorgenommenen einseitigen Gestaltungsgeschäfte ist von erheblicher praktischer Bedeutung. Das zeigt am deutlichsten die Gegenüberstellung bei *Rosenberg*⁵⁵⁾.

⁵⁰⁾ Vgl. *Weismann*, BayZ 1909, 220.

⁵¹⁾ RGZ 156, 70 (77/78); dagegen mit Recht *Schönke-Schröder-Niese*, § 53 II 2. Es kann jedoch *Baumbach-Lauterbach*, Bem. 2 B vor § 306, nicht darin zugestimmt werden, daß ein prozessual beachtlicher Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben entsprechend den für das materiellrechtliche Anerkenntnis von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen (vgl. RGZ 108, 105 [110]) vorliegt, wenn die Gegenpartei auf erkannt irrigen Verzicht oder erkannt irriges Anerkenntnis ein Urteil verlangt. Der Grundsatz von Treu und Glauben darf nicht dazu verwandt werden, dem Irrtum einer Partei bei der Vornahme einer PH doch noch auf einem Umwege Beachtung zu verschaffen (*Baumgärtel*, ZZP 69, 105). Der allein zulässige Behelf bei der Ausnutzung eines Irrtums durch den Gegner ist der Widerruf des Anerkenntnisses, der zulässig ist, wenn das Verhalten des Gegners einen Restitutionsgrund darstellt.

⁵²⁾ Literaturangaben bei *Süss*, aaO. S. 56 Anm. 5, S. 64 Anm. 29.

⁵³⁾ Literaturangaben bei *Süss*, aaO. S. 54 Anm. 1.

⁵⁴⁾ *Lehmann*, aaO. S. 220, 236 ff. dagegen *Süss*, aaO. S. 56 Anm. 5.

⁵⁵⁾ Lb. § 59, 2b; vgl. auch *Nikisch*, § 54 III 2.

Die Ansichten von Rechtsprechung und Lehre gehen weit auseinander⁵⁶⁾. Einer rein privatrechtlichen Auffassung, wonach zwischen der privatrechtlichen Erklärung und ihrer prozessualen Geltendmachung zu unterscheiden ist⁵⁷⁾, steht die prozessuale Theorie gegenüber, nach der die Vornahme der Gestaltungsgeschäfte im Prozeß sowohl hinsichtlich der Voraussetzungen als auch der Wirkungen dem Prozeßrecht untersteht⁵⁸⁾. Daneben wird auch die Ansicht vertreten, daß es sich um PHen mit zivilrechtlichen Wirkungen handle⁵⁹⁾. Zwischen diesen beiden Grundauffassungen steht die Auffassung von der Doppelnatur der einseitigen Gestaltungsgeschäfte. Nach dieser Theorie unterliegt die Ausgestaltung des Tatbestandes den Regeln des Prozeßrechts, während sowohl prozessuale als auch materiellrechtliche Wirkungen eintreten⁶⁰⁾.

⁵⁶⁾ Eine genaue Zuteilung zu der einen oder der anderen Theorie ist oft nicht möglich, da sich die Meinungen in den einzelnen Fragen vielfach überkreuzen.

⁵⁷⁾ Diese Auffassung scheint sich in Lehre und Rechtsprechung immer mehr durchzusetzen; vgl. u. a. *Baumbach-Lauterbach*, § 145 4c; Gr 5 J vor § 128; *de Boor*, § 12 I 3; *Deinhardt*, S. 73 ff.; *Förster-Kann*, § 54 Bem. 2; Bem. 3 vor § 128; *Goldschmidt*, S. 468 f.; *Grabner*, ZZZ 48, 531 ff., 536; *Lempp*, S. 31 f.; *Lent*, §§ 45 I, 29 V; *Neuner*, S. 124 ff.; *Niese*, Prozeßhandlungen, S. 83 f.; *Rosenberg*, Stellvertretung, S. 66 ff.; *Lb.*, § 59, 2b, § 104; *Sauer*, Prozeßrechtslehre, § 9 II 2; für die im Prozeß erklärte Aufrechnung vertritt *Sauer* jedoch die prozessuale Theorie, vgl. aaO. § 11 II 2b; das RG in st. Rspr., vgl. die Angaben bei *Oertmann*, Aufrechnung, S. 24 Anm. 3; der BGH betont für die Aufrechnung die Notwendigkeit einer Unterscheidung zwischen der materiellrechtlichen Möglichkeit und der prozessualen Geltendmachung, vgl. BGHZ 16, 124 ff. (128); weitere Literaturangaben bei *Oertmann*, aaO. S. 23 f. Anm. 2; *Nikisch*, Festschrift für Heinrich Lehmann, 1956, S. 767 f. (im folgenden abgekürzt: Festschrift). *A. Blomeyer*, Schuldrecht, § 40 III 1, und *Enneccerus-Nipperdey*, § 145 III, nehmen zwar eine „Doppelnatur“ an, trennen aber schärfer als die Vertreter jener Auffassung zwischen der prozessualen und der materiellrechtlichen Seite. Sie sind daher zu den Vertretern der hier angeführten Theorie zu rechnen.

⁵⁸⁾ *Kohler*, ZZZ 20, 15 ff.; ZZZ 24, 18 ff.; ZZZ 29, 1 ff.; *Kleinfeller*, S. 201; *Nikisch*, § 54 III 2 und 3, § 68 II 3; Festschrift, S. 765 ff.; *Gaude*, S. 65 ff.; für die Aufrechnung offenbar auch *Larenz*, Schuldrecht, § 27 III c; weitere Nachweise bei *Oertmann*, Aufrechnung, S. 25 Anm. 7; *Nikisch*, aaO. S. 776 f.; für das österreichische Recht vgl. *Novak*, JBl 1951, 504 ff., 507.

⁵⁹⁾ Vgl. *Hellwig*, Prozeßhandlung, S. 72; Syst. I, 432; *Lb.* 1, 242 f.; *Wach*, ZZZ 27, 1 ff.; auch *Kohler* scheint gelegentlich dieser Auffassung zuzuneigen, vgl. ZZZ 20, 20.

⁶⁰⁾ Hierbei sind zwei Gruppen zu unterscheiden:

1. diejenigen, die der Gestaltungserklärung eine selbständige materiellrechtliche Wirkung zumessen, wie *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, Bem. VI 2 vor § 128, § 145 VI 2b, c, und offenbar auch *Schönke-Schröder-Niese*, § 51 IV 2 (weitere Nachweise bei *Oertmann*, aaO. S. 31 f. Anm. 32), und
2. diejenigen, die ihr nur eine unselbständige materiellrechtliche Wirkung zugestehen, wie *Langheineken*, Anspruch und Einrede nach dem BGB, Leipzig 1903, S. 128 ff.; *Oertmann*, aaO. S. 37 ff., 45 ff.; *Walsmann*, AcP 102, 122 ff. (weitere Nachweise bei *Oertmann*, aaO. S. 33 Anm. 36).

Dieser Meinungsstreit besteht schon seit Jahrzehnten. Trotzdem zu allen Einzelfragen eine Fülle von Literatur vorliegt, erscheint es doch geboten, nachdem neuerdings wieder *Nikisch*⁶¹⁾ die rein prozessuale Theorie mit beachtenswerten Gründen vertritt, zu den Einzelproblemen unter dem Gesichtspunkt der Abgrenzung des PHbereiches grundsätzlich Stellung zu nehmen. Dabei sollen nach der in dieser Arbeit verfolgten Methode Wirkungen und Funktionen der einseitigen Gestaltungsgeschäfte im Prozeß in den Mittelpunkt der Untersuchung gestellt werden. Zur Vermeidung von Wiederholungen kann bei manchen Einzelfragen auf die schon vorliegenden Untersuchungen verwiesen werden.

2. Die prozessuale Theorie geht von der Wirkung der einseitigen im Prozeß vorgenommenen Gestaltungsgeschäfte aus und sieht diese in der Schaffung der Urteilsgrundlage⁶²⁾. Nach dieser Auffassung erlischt die prozessuale Wirkung, wenn der Prozeß auf andere Weise als durch Urteil beendet wird. *Nikisch* vertritt ferner die Ansicht, das Urteil setze nicht voraus, daß die Partei mit der Abgabe der Gestaltungserklärung eine Änderung der materiellen Rechtslage herbeiführe, weil das Urteil, wenn die Partei im Recht sei, alles gebe, was sie verlangen könne⁶³⁾. Dies kann nur so verstanden werden, daß nicht die einseitige Erklärung der Partei, sondern erst das richterliche Urteil auf Grund des vorgetragenen Sachverhaltes die materielle Rechtslage gestaltet⁶⁴⁾, wobei aus der vorgenommenen Gestaltung gleichzeitig die rechtlichen Folgerungen gezogen werden. Die Frage, auf welche Weise die materielle Rechtslage eine Änderung erfährt, kann nicht einfach offenbleiben, da sonst unklar ist, ob die mit der Änderung der materiellen Rechtslage verbundenen Rechtsfolgen eingetreten sind oder nicht. Das Gericht ist ohne das Vorliegen eines nach materiellem Recht vorausgesetzten Gestaltungstatbestandes nicht befugt, derartige Rechtsfolgen festzustellen. Geht man davon aus, daß die Gestaltungswirkungen nicht mit der Vornahme des Gestaltungsgeschäfts

⁶¹⁾ Lb. § 54 III 2, 3, § 68 II 4; zur Frage der „Aufrechnung im Prozeß“ Festschrift, S. 765 ff. Diese Abhandlung erschien erst nach Abschluß des Manuskripts. Die Begründung, mit der ich die Auffassung der „zivilistischen Theorie“ teile, habe ich im wesentlichen unverändert gelassen. Ich habe nur noch ergänzend zu den neuen Einwänden von *Nikisch* Stellung genommen. Außer *Nikisch* auch *Larenz*, aaO., und *Novak*, aaO.; a. A. *A. Blomeyer*, aaO., *Deinhardt*, S. 76 ff.

⁶²⁾ *Nikisch*, § 54 III 3.

⁶³⁾ AaO.

⁶⁴⁾ So *Nikisch* jetzt ausdrücklich für die Aufrechnung im Prozeß (vgl. Festschrift, S. 780). Die prozessuale Theorie führt folgerichtig zum konstitutiven Urteil, wie *Gaude*, S. 68, hervorhebt. Daher ist die Lehre von *Nikisch* auch nicht inkonsistent, wie *Blomeyer*, aaO., meint; die im Prozeß erklärte Anfechtung wird nicht anders behandelt als die Aufrechnung.

durch die Partei eintreten, so kann es nur so sein, daß sie durch das Urteil herbeigeführt werden. Dies entspricht der Auffassung von *Nikisch*, der für die Aufrechnungs- und Wandlungserklärung ausführt, daß es das Urteil sei, welches das Erlöschen der beiden gegenüberstehenden Forderungen, bzw. den Wandlungsvollzug bewirke⁶⁵). Nach dieser Theorie ist die einseitige Gestaltungserklärung im Prozeß auf die Herbeiführung einer richterlichen Gestaltung und nicht auf die unmittelbare Änderung der materiellen Rechtslage gerichtet. Funktionell werden danach die Gestaltungserklärungen Teile des Prozesses⁶⁶), da sie lediglich als zum Zwecke der Rechtsverfolgung, bzw. der Verteidigung⁶⁷) vorgenommen angesehen werden.

Der Kern dieser Theorie liegt in der Auffassung, daß die Gestaltung der materiellen Rechtslage durch das Urteil erfolgt. Diese Auffassung läßt sich nicht einfach mit dem Einwand abtun, es bleibe „vollkommen unbeachtet, daß sich ein Urteil nur auf die zwischen den Parteien bestehende materielle Rechtslage gründen kann, wie sie sich im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung aus dem unbestrittenen und bewiesenen Sachvortrag darstellt“. Dieser Einwand von *Deinhardt*⁶⁸) geht an der aufgezeigten Grundauffassung der prozessualen Theorie vorbei. Entscheidend ist vielmehr die Frage, ob die Gestaltungserklärung im Prozeß bereits mit ihrer Abgabe materiellrechtliche Wirkungen hervorruft oder ob sie nur ein Begehren auf richterliche Gestaltung enthält. Ein auf die richterliche Urteilstätigkeit gerichtetes Begehren, sei es in Form der Klage oder — soweit zulässig⁶⁹) — in Form der Einrede, ist rein prozessualer Natur. Dabei braucht hier nicht grundsätzlich erörtert zu werden, ob ein solches Begehren die Ausübung eines *privatrechtlichen* Rechts auf Rechtsänderung darstellt⁷⁰). Die Tatsache, daß das Gesetz den Eintritt materiellrechtlicher Wirkungen an einen prozessualen Tatbestand, das Urteil, anknüpft, wobei der Partei lediglich die „Initiative“ zur Herbeiführung des Gestaltungsurteils bleibt⁷¹), scheint gegen diese Auffassung zu sprechen. Auf jeden Fall ist der Weg, der zu der Gestaltung der materiellen Rechtslage durch das Urteil führt, auch vom Standpunkt des materiellen

⁶⁵) *Nikisch*, § 68 II 3; Festschrift, S. 780 und dort Anm. 46; ebenso *Gaude*, S. 80.

⁶⁶) Vgl. *Kohler*, ZZP 29, 1.

⁶⁷) *Wach*, ZZP 27, 13.

⁶⁸) AaO. S. 76.

⁶⁹) Beispielsweise bei der Herabsetzung der Vertragsstrafe gem. § 343 BGB.

⁷⁰) Zu dieser Streitfrage eingehend *Rosenberg*, § 87 I 2; a. A. u. a. *Böttcher*, Die Wandlung als Gestaltungsakt, Heidelberg 1938 (im folgenden abgekürzt: Wandlung), S. 54 f.; DRechtsW 7, 143; zweifelnd *Pohle*, Revista de Derecho Privado 1954, 11 Anm. 41.

⁷¹) *Böttcher*, DRechtsW 7, 143.

Rechts aus ein rein prozessualer. Beispielsweise ist die Einrede der zu hohen Vertragsstrafe nichts anderes als der prozessuale *Antrag*⁷²⁾, auf Grund des vorgebrachten Tatbestandes eine Gestaltung — die Herabsetzung der Vertragsstrafe — vorzunehmen.

Ob die Gestaltungswirkung nur auf Grund eines Gestaltungsurteils eintritt oder ob die Gestaltungserklärung der Partei genügt, richtet sich nach dem materiellen Recht⁷³⁾. Eine richterliche Gestaltung wird man nur dort annehmen können, wo das Gesetz ausdrücklich ein Gestaltungsurteil vorschreibt⁷⁴⁾ oder wo sich die Notwendigkeit der richterlichen Gestaltung zwingend aus dem Sinnzusammenhang der materiellrechtlichen Normen ergibt, wie es *Bötticher*⁷⁵⁾ und *Nikisch*⁷⁶⁾ für die „versteckte“⁷⁷⁾ richterliche Gestaltung beim Wandlungsvollzug annehmen. Von richterlicher „Gestaltung“ kann nur in diesem engeren Sinne gesprochen werden⁷⁸⁾. Nur so kommt für unsere Untersuchung der Unterschied zu den privatrechtlichen Gestaltungserklärungen klar zum Ausdruck. Es erscheint im übrigen auch grundsätzlich nicht gerechtfertigt, den Begriff der richterlichen Gestaltung weiter auszudehnen⁷⁹⁾, weil dadurch der Unterschied zwischen dem Leistungs- und dem Gestaltungsurteil verwischt würde⁸⁰⁾. Daß das Gesetz gelegentlich neben der Gestaltungsklage und -einrede die Änderung der materiellen Rechtslage durch Parteivereinbarung zuläßt, ändert nichts daran, daß die Gestaltungswirkung dann, wenn es nicht zu einer Parteivereinbarung kommt, an den prozessualen Tatbestand, das Urteil, anknüpft. Das hierauf gerichtete Begehren der Partei ist rein prozessualer Natur. Funktionell ist das auf richterliche Gestaltung gerichtete Begehren eine Form des Rechtnehmens.

Zur Klärung der Rechtsnatur der einseitigen Gestaltungsgeschäfte im Prozeß ist daher zunächst zu prüfen, inwieweit das materielle Recht für die Herbeiführung der Gestaltungswirkung den Verfahrensweg vorschreibt. Ergibt sich dabei, daß es einseitige Gestaltungsgeschäfte gibt, die außerhalb des Verfahrens bereits mit ihrer Vornahme eine Änderung der materiellen Rechts-

⁷²⁾ Vgl. *Bötticher*, aaO.; *Gaude*, S. 81.

⁷³⁾ Vgl. *Bötticher*, aaO. S. 129.

⁷⁴⁾ *Bötticher*, aaO. S. 129. Auf die Form der Entscheidung — Urteil oder Beschluß — kommt es dabei nicht an.

⁷⁵⁾ *Wandlung*.

⁷⁶⁾ Lb. § 68 II 3 a. E.

⁷⁷⁾ *Bötticher*, SJZ 1948, 741 Anm. 17.

⁷⁸⁾ Ebenso *Bötticher*, DRechtsW 7, 125 ff.

⁷⁹⁾ Wie *Wieacker*, ArchÖffR 29, 1 ff., es will. Vgl. hierzu auch *A. Blomeyer*, AcP 151, 120, einerseits und *Larenz*, NJW 1951, 499, andererseits.

⁸⁰⁾ Dazu *Bötticher*, DRechtsW 7, 125 f.

lage herbeiführen, innerhalb eines anhängigen Verfahrens aber zu Rechtshandlungen „anderer Art“⁸¹⁾ werden, indem die Gestaltungswirkung nicht mehr an die Parteierklärung, sondern allein an den Tatbestand des Urteils anknüpft, so wäre vom Standpunkt des Prozeßrechts aus noch zu untersuchen, ob diese „Rechtshandlungen anderer Art“ zum PHbereich zu ziehen sind. Ergibt sich dagegen, daß auch bei Vornahme der einseitigen Gestaltungsgeschäfte im Prozeß die Gestaltungswirkung nicht durch das Urteil herbeigeführt wird, so kann der Gestaltungserklärung auch keine rein prozessuale Funktion zugemessen werden. Mit der Erklärung an das Gericht wird dann nicht die gerichtliche Gestaltung beantragt, sondern die Veränderung der materiellen Rechtslage, die mit der Erklärung an den Gegner eingetreten ist, dem Gericht zur Beurteilung unterbreitet. Die Gestaltungserklärung ist dann nicht prozessualer Antrag, sondern gleichzeitig die Schaffung eines materiellrechtlichen Tatbestandes und die Einführung dieses Tatbestandes in den Prozeß. Sie ist dann jedenfalls keine *reine* PH und auch nicht eine PH mit zivilrechtlicher Wirkung, da in diesem Falle die Gestaltung der materiellen Rechtslage die charakteristische Wirkung, also Hauptwirkung und nicht bloße Nebenwirkung ist. Hier bleiben nur die beiden anderen Möglichkeiten: entweder man sieht in der Vornahme der Gestaltungsgeschäfte eine einheitliche Handlung, die Wirkungen auf beiden Rechtsgebieten hervorruft (Theorie von der Doppelnatur), oder man nimmt einen Doppeltatbestand an, bei dem die prozessuale und die materiellrechtliche Seite getrennt sind (privatrechtliche Theorie). Den Ausschlag geben auch hier die Wirkungen und die Funktionen dieser Parteihandlungen. Von einer einheitlichen, untrennbaren Handlung kann, wie schon ausgeführt wurde⁸²⁾, nur da gesprochen werden, wo die materiellrechtlichen und prozessualen Wirkungen und Funktionen in einem engen inneren Zusammenhang stehen. Die Regelung bezüglich der Voraussetzungen richtet sich dann, wenn man von der absoluten Trennung von Privatrecht und Prozeßrecht ausgeht, danach, wie die einseitigen Gestaltungsgeschäfte im Prozeß mit Rücksicht auf die Art ihrer Wirkung qualifiziert werden. Entsprechend der in dieser Untersuchung angewandten Methode soll jedoch danach gefragt werden, welche Regelung im einzelnen zu praktisch brauchbaren Ergebnissen führt⁸³⁾. Ergibt sich dabei, daß die bürgerlichrechtliche Regelung am zweckmäßigsten ist, so spricht dies, wenn auch nicht entscheidend, für die privatrechtliche Natur der einzelnen Gestaltungsgeschäfte im Prozeß.

⁸¹⁾ Vgl. A. Blomeyer, Schuldrecht, § 40 III 1.

⁸²⁾ S. oben S. 91, 99.

⁸³⁾ Vgl. auch Neuner, S. 125 f.

Die Untersuchung kann nicht, wie es häufig geschieht⁸⁴⁾, für alle einseitigen Gestaltungsgeschäfte, die in Betracht kommen, gemeinsam angestellt werden⁸⁵⁾. Bei der Aufrechnung und der Wandlungseinrede sind die Gründe, die für eine prozessuale Natur sprechen, ungleich gewichtiger als bei den sonstigen einseitigen Gestaltungsgeschäften wie der Anfechtung, dem Rücktritt, der Kündigung und der Mahnung.

3. Für die letztere Gruppe schreibt das materielle Recht die richterliche Gestaltung nur dann vor, wenn an dem Bestand des Rechtsverhältnisses — wie bei der Aufhebung des Mietverhältnisses — ein öffentliches Interesse besteht oder wenn — wie bei der Auflösung der OHG aus wichtigem Grund und bei der Anfechtungsklage nach dem Anfechtungsgesetz — Interessen Dritter hineinspielen, die es verbieten, daß die Gestaltung nachträglich deklaratorisch als ungültig festgestellt werden kann⁸⁶⁾. Soweit in diesen Fällen die richterliche Gestaltung im Wege der Einrede begehrt werden kann, wie z. B. gem. § 5 AnfG⁸⁷⁾, ist diese ohne Zweifel prozessualer Natur.

In der Regel wird jedoch vom Gesetzgeber die Gestaltung durch die Partei bevorzugt, weil sie sich „ihrer Natur nach eher dazu eignet, eindeutige Rechtsfolgen herbeizuführen“⁸⁸⁾. Hier knüpft das materielle Recht bestimmte Rechtsfolgen unmittelbar an die Erklärung der Anfechtung, der Mahnung, des Rücktritts und der Kündigung an.

Das materielle Recht macht dabei keinen Unterschied, ob die Erklärungen innerhalb oder außerhalb des Prozesses abgegeben werden. Es könnte nur das Prozeßrecht selbst sein, das die im Prozeß vorgenommenen Gestaltungsgeschäfte in Rechtshandlungen von „anderer Art“⁸⁹⁾ verwandelte. Dafür ergeben sich, mag das Prozeßrecht auch sonst gelegentlich abändernd in das materielle Recht eingreifen, keinerlei Anhaltspunkte. So bewirkt beispielsweise die Rechtshängigkeit nicht etwa eine Verlängerung der Anfechtungsfrist des § 121 BGB⁹⁰⁾. Aus dem Gedanken der Einheit der mündlichen Ver-

⁸⁴⁾ Vgl. u. a. *Deinhardt*, S. 73 ff.

⁸⁵⁾ *Böttcher* weist darauf hin, daß nur von Fall zu Fall festgestellt werden könne, ob die außer- oder innerprozessuale Gestaltung das Richtige trifft, vgl. *Wandlung*, S. 65.

⁸⁶⁾ Vgl. *Molitor*, *Die Kündigung*, 2. Aufl., Mannheim 1951, S. 8.

⁸⁷⁾ Die Einrede kann wirksam nur *im Prozeß* erhoben werden (RGZ 52, 341; a. A. *Kohler*, ZZZ 29, 28).

⁸⁸⁾ *Böttcher*, *DRechtsW* 7, 142.

⁸⁹⁾ *A. Blomeyer*, *Schuldrecht*, aaO.

⁹⁰⁾ *Förster-Kann*, Bem. 3 b vor § 128; *Rosenberg*, *Stellvertretung*, S. 76 (mit Nachweisen Anm. 1).

handlung ließe sich eine solche Änderung des materiellen Rechts durch das Prozeßrecht nicht herleiten. Der Kläger hat ein Interesse daran, „zu wissen, ob ein bestimmtes Verteidigungsmittel noch vorgebracht werden kann oder nicht“⁹¹⁾. Ist der Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung für die Einhaltung der Frist nicht mehr rechtzeitig, so hat die Partei außerprozessual oder in einem vorbereitenden Schriftsatz, in dem sie richtiger Ansicht nach privatrechtliche Willenserklärungen abgeben kann⁹²⁾, die Anfechtung zu erklären.

Es ist auch *de lege ferenda* weder notwendig noch zweckmäßig, für die hier behandelte Gruppe der einseitigen Gestaltungsgeschäfte danach zu unterscheiden, ob sie außerhalb oder innerhalb des Verfahrens vorgenommen werden, und es den Parteien zu überlassen, ob sie die Änderung der materiellen Rechtslage selbst durch einseitige Gestaltungserklärung außerhalb des Prozesses oder auf prozessualen Wege durch richterliches Gestaltungsurteil herbeiführen wollen.

Es kann daher *Nikisch*⁹³⁾ nicht darin zugestimmt werden, daß das Urteil derjenigen Partei, in deren Interesse die Gestaltung ist, auch dann, wenn die Gestaltungserklärung der Partei keine Änderung der materiellen Rechtslage herbeiführt, alles gibt, was sie verlangt. Das Gericht kann die von der Partei erstrebten, mit der Gestaltungserklärung verbundenen Rechtsfolgen nicht feststellen, wenn die Gestaltungserklärung selbst eine Änderung der materiellen Rechtslage nicht herbeigeführt hat. Zur Vornahme einer richterlichen Gestaltung besteht weder nach materiellem Recht noch nach Prozeßrecht eine Ermächtigung⁹⁴⁾.

Durch die Vornahme im Prozeß ändert sich auch nicht die funktionelle Bedeutung der einseitigen Gestaltungsgeschäfte. Es ist der prozessualen Theorie zwar darin zuzustimmen, daß sie in der Regel zum Zwecke der Rechtsverfolgung oder der Verteidigung vorgenommen werden. Das ändert jedoch nichts daran, daß Rechtsverfolgung und Verteidigung nur dann Erfolg haben können, wenn die Erklärungen materiellrechtliche Gestaltungswirkungen haben. Der mit der Erklärung verfolgte subjektive Zweck ist für die Bestimmung der Funktion einer Parteihandlung nicht maßgebend. Die sich aus dem abstrakten Gesetzeszweck ergebende normaltypische Funktion der Ge-

⁹¹⁾ *Neuner*, S. 129.

⁹²⁾ *Walsmann*, AcP 102, 129.

⁹³⁾ Lb. § 54 III 3.

⁹⁴⁾ *Walsmann*, aaO S. 126.

staltungsgeschäfte liegt nicht in der Schaffung der Urteilsgrundlage, sondern — als notwendige Voraussetzung dafür — in der Einwirkung auf die materielle Rechtslage. Eine prozessuale Funktion kommt lediglich der Handlung zu, mit der die Gestaltungserklärung als Tatsache in den Prozeß eingeführt wird. Nur dieser Vorgang trägt zur Gestaltung der Urteilsgrundlage bei. Beide Handlungen, Gestaltungserklärung und Einführung in den Prozeß, sind in der Regel in einem einheitlichen Lebensvorgang verbunden.

Ein Prüfstein für die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung ist die Frage, ob die Wirkung der Gestaltungserklärung allein auf den Prozeß beschränkt⁹⁵⁾ oder von dem Verlauf des Verfahrens unabhängig ist⁹⁶⁾. Die prozessuale Theorie muß konsequenterweise jede über den Prozeß hinausgehende Wirkung ablehnen⁹⁷⁾. Die Nachteile, die eine solche Auffassung bei der hier behandelten Gruppe von Gestaltungsgeschäften bringt, sind oft genug hervorgehoben worden⁹⁸⁾. Beispielsweise müßte die Partei nach Klagezurücknahme noch einmal die Anfechtung erklären und wäre gegen eine Fristversäumnis nicht geschützt. Um sicher zu gehen, müßte die Partei alle Gestaltungserklärungen außerprozessual wiederholen⁹⁹⁾. Bei Teilklagen kommt *Kohler*, ein Vertreter der prozessualen Theorie, sogar zu dem Ergebnis, daß Anfechtung und Kündigung im Prozeß nicht wirksam erklärt werden könnten, da sie nur den eingeklagten Anspruch betreffen und eine teilweise Anfechtung bzw. Kündigung unzulässig sei¹⁰⁰⁾. Ein praktisches Bedürfnis für eine derartige Beschränkung der Wirkung auf den innerprozessualen Raum besteht nicht. Will die Partei nicht unnötig ändernd in die materielle Rechtslage eingreifen, aber auch nicht Gefahr laufen, nach materiellem Recht eine Frist zu versäumen oder nach Prozeßrecht wegen zu späten Vorbringens das Verteidigungsmittel zu verlieren, so steht ihr die Möglichkeit der eventuellen Vornahme des Gestaltungsgeschäfts offen. Sind die einseitigen Gestaltungs-

⁹⁵⁾ So u. a. *Hellwig*, Prozeßhandlung, S. 72; *Kohler*, ZZP 24, 18; ZZP 29, 29; *Langheineken*, Anspruch und Einrede nach dem BGB, S. 128; *Nikisch*, § 68 II 3; *Oertmann*, Aufrechnung, S. 46 ff.; *Schneider*, ZZP 31, 277, 281; *Wach*, ZZP 27, 14; *Walsmann*, S. 128, 131; weitere Nachweise bei *Rosenberg*, Stellvertretung, S. 70 Anm. 1.

⁹⁶⁾ So u. a. *Enneccerus-Nipperdey*, § 145 III 1; *Goldschmidt*, S. 470 N. 2496; *Grabner*, ZZP 48, 541, 543 ff.; *Kisch*, Beiträge zur Urteilslehre, Leipzig 1903, S. 103; *Neuner*, S. 131; *Nußbaum*, Prozeßhandlungen, S. 74 f.; *Rosenberg*, Stellvertretung, S. 70 f.; RGZ 63, 413.

⁹⁷⁾ *Niese*, Prozeßhandlungen, S. 55 Anm. 42; *Rosenberg*, § 59, 2bB.

⁹⁸⁾ Vgl. die unter Anm. 96 Genannten.

⁹⁹⁾ *Neuner*, S. 131.

¹⁰⁰⁾ ZZP 29, 32 f. Dagegen *Walsmann*, aaO. S. 126.

III. Teil. Umstrittene einseitige Parteihandlungen

geschäfte auch bedingungsfeindlich¹⁰¹⁾, so können sie doch nach einer gefestigten Rechtsprechung in Eventualstellung vorgenommen werden¹⁰²⁾.

Daß es wegen der Bestimmung des § 81 nicht notwendig ist, den im Prozeß vorgenommenen einseitigen Gestaltungsgeschäften prozessualen Charakter zu verleihen, wurde bereits dargelegt¹⁰³⁾.

Als Ergebnis läßt sich demnach feststellen, daß ein praktisches Bedürfnis, die Wirkungen der Gestaltungsgeschäfte im Prozeß auf den innerprozessualen Bereich zu beschränken, nicht besteht und daß sich die Wirkungen und die Funktionen der hier behandelten Gestaltungsgeschäfte ausschließlich nach materiellem Recht bestimmen. Sie können daher keine *reinen* PHen sein.

Sie erhalten durch ihre Vornahme im Prozeß auch nicht eine Doppelnatur¹⁰⁴⁾. Der Vorgang, der sich äußerlich in der Regel als ein einheitlicher darstellt, ist trennbar in eine rein materiellrechtliche und eine rein prozessuale Seite: die Gestaltungserklärung selbst und ihre Einführung in den Prozeß¹⁰⁵⁾. Zwischen beiden Vorgängen besteht weder bezüglich der Wir-

¹⁰¹⁾ RGZ 66, 153; 146, 234 (238) (Anfechtungserklärung gem. § 143 BGB); RG WarnRsp 1915, Nr. 103 (Kündigung); zur Frage der Bedingungsfeindlichkeit der Kündigung vgl. *Molitor*, Die Kündigung, S. 108 ff., 112 (mit Nachweisen).

¹⁰²⁾ RGZ 97, 273 (Ausübung des Wiederkaufrechts); RG 10. 1. 1906 (vgl. RGZ 66, 153 Anm. 1) (Anfechtung); RG 4. 3. 1933 V 364/32 (vgl. RGRKomm. § 349) (Rücktritt). Verteidigt sich der Beklagte gegen den Klageanspruch außerdem auf andere Weise, so kann angenommen werden, daß die Gestaltungserklärung nur eventualiter gemeint ist. Gegebenenfalls ist dies vom Gericht gem. § 139 festzustellen.

¹⁰³⁾ S. oben 34 ff. *Nikisch* betont zwar ebenfalls, „daß der Streit um das Wesen der Prozeßaufrechnung nicht oder jedenfalls nicht allein unter dem Gesichtspunkt entschieden werden kann, ob der Vertreter des Beklagten *kraft seiner Prozeßvollmacht* auch mit einer Forderung seines Mandanten gegen den Klageanspruch aufrechnen kann“ (Festschrift, S. 770). Wie seine Ausführungen ergeben, zieht er aber aus dem Umfang der Prozeßvollmacht doch in gewisser Hinsicht Schlüsse auf die Rechtsnatur der Aufrechnung im Prozeß (vgl. aaO. S. 770/771). Anders als *Nikisch* bin ich der Auffassung, daß es keinen Widerspruch darstellt, wenn man einerseits die im Prozeß erklärte Aufrechnung ebenso wie die außerprozessual erklärte für ein bürgerlichrechtliches Gestaltungsgeschäft hält und andererseits den Umfang der Prozeßvollmacht auf die Aufrechnung im Prozeß beschränkt. Eine Gleichbehandlung der außerprozessual und der im Prozeß erklärten Aufrechnung ist im Rahmen des § 81 sachlich nicht geboten. Die außerhalb des Verfahrens erklärte Aufrechnung dient nicht den Zwecken der Prozeßführung. Daher erstreckt sich die Prozeßvollmacht auch nicht auf sie. Diese Frage ist aber unabhängig von der Rechtsnatur der innerhalb und der außerhalb des Verfahrens erklärten Aufrechnung zu beantworten.

¹⁰⁴⁾ Gegen die Lehre von der Doppelnatur auch *Nikisch*, Festschrift, S. 778 f.

¹⁰⁵⁾ Nach der Auffassung von *Nikisch*, aaO. S. 779, stellt diese Verkopplung einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung, die gegenüber dem Prozeßgegner abzugeben ist, mit einer PH, mit der sich die Partei an das Gericht wendet, eine „konstruktive Gewaltsamkeit“ dar, die zu praktischen Unzulänglichkeiten führe.

kungen noch bezüglich der Funktionen ein notwendiger Zusammenhang. Die innerprozessuale Wirkung der Geltendmachung, die darin liegt, daß die Tatsache der Gestaltungserklärung *Prozeßstoff* wird, tritt unabhängig davon ein, ob die Erklärung eine materiellrechtliche Wirkung ausübt oder nicht. Ob sich durch die Vornahme des Gestaltungsgeschäfts die materielle Rechtslage geändert hat, ist nur für den Inhalt des Urteils von Bedeutung. Die prozessuale Funktion der „Geltendmachung“, die in der Schaffung der Urteilsgrundlage zu sehen ist, ist völlig unabhängig von dem „Funktionieren“ der materiellrechtlichen Seite der Gestaltungserklärung. Es handelt sich um einen Doppeltatbestand¹⁰⁶⁾.

Damit wird vom Standpunkt einer funktionellen Betrachtungsweise aus für die hier behandelte Gruppe von einseitigen Gestaltungsgeschäften die Auffassung der rein privatrechtlichen Theorie bestätigt.

Die Trennung in eine materiellrechtliche und eine prozessuale Seite erweist sich auch in der Frage, welchen Regeln die Ausgestaltung des Tatbestandes unterliegt, als zweckmäßig. Eine Unklarheit, welche Regelung Anwendung findet, die prozeßrechtliche oder die bürgerlichrechtliche, kann nicht entstehen. Aus der Fülle der hierzu erörterten Einzelprobleme¹⁰⁷⁾ soll nur die praktisch wichtige Frage der Willensmängel behandelt werden. Hier tritt der Unterschied in der Regelung besonders stark hervor, wie anhand der unstreitigen PHen gezeigt wurde.

Folgt man der Auffassung der Doppelnatur, so müßte man konsequenterweise wegen des engen Zusammenhangs der prozessualen und der materiell-

Das hierfür angeführte Beispiel der Versäumnis des Klägers, wobei der Beklagte die Aufrechnung im Schriftsatz nur angekündigt hat und dann eine Aktenlageentscheidung begehrt, vermag nicht zu überzeugen. Abgesehen davon, daß ein solcher Fall praktisch kaum vorkommen wird, ist der Beklagte m. E. hinreichend dadurch geschützt, daß er die Aufrechnung bereits im Schriftsatz ausdrücklich erklären kann. Diese Möglichkeit räumt auch *Nikisch* ein (vgl. aaO. S. 783 zu Anm. 55). Kündigt der Beklagte dagegen die Aufrechnung in seinem Schriftsatz nur an, so muß er die ihm dadurch beim Ausbleiben des Klägers entstehenden Nachteile in Kauf nehmen.

¹⁰⁶⁾ *Stein-Jonas-Schönke-Pohle* lehnen einerseits eine solche „Zerreißung der einheitlichen Handlung in zwei getrennte“ ab (Bem. VI 2 vor § 128), bejahen andererseits eine über den Prozeß hinausgehende — und damit selbständige — materiellrechtliche Wirkung (Bem. VI 3b zu N. 117 vor § 128). Der darin liegende Widerspruch ließe sich allerdings dadurch auflösen, daß wie bei *Nikisch* (§ 54 III a. E.) zwischen Handlungen *im* Prozeß (mit unselbständiger materiellrechtlicher Wirkung) und solchen *während* des Prozesses (mit selbständiger materiellrechtlicher Wirkung) unterschieden würde. Das ist wohl auch mit der Bemerkung bei *Stein-Jonas-Schönke-Pohle* gemeint, es sei eine Frage der Auslegung des Einzel-falles (Bem. VI 3 b a. E. vor § 128).

¹⁰⁷⁾ Vgl. auch die Übersicht bei *Rosenberg*, § 59, 2b.

III. Teil. Umstrittene einseitige Parteihandlungen

rechtlichen Wirkungen die Beseitigung der materiellrechtlichen Wirkung der Gestaltungserklärung durch einen einseitigen Widerruf im Prozeß zulassen¹⁰⁸⁾. Dies würde dazu führen, daß die außerprozessual vorgenommenen einseitigen Gestaltungsgeschäfte in der Frage der Willensmängel anders zu behandeln wären als die im Prozeß vorgenommenen. Ein praktisches Bedürfnis hierfür ist nicht zu erkennen¹⁰⁹⁾. Geht man von der Doppelnatur der Gestaltungsgeschäfte aus, so gerät man auch in Schwierigkeiten, wenn die Gestaltungserklärung in einem vorbereitenden Schriftsatz enthalten ist. Auf welche Weise die materiellrechtliche Wirkung der Gestaltungserklärung beseitigt werden kann, ob durch Anfechtung der im Schriftsatz enthaltenen Erklärung oder durch Widerruf des in der mündlichen Verhandlung vorgenommenen Gestaltungsgeschäfts, hinge davon ab, welche Bedeutung man der schriftsätzlichen Erklärung beimessen würde, eine bloße Ankündigung oder eine materiellrechtlich wirksame Gestaltungserklärung¹¹⁰⁾.

Folgt man der rein privatrechtlichen Theorie, so können derartige Schwierigkeiten nicht entstehen. Hinsichtlich der Voraussetzungen unterliegen die einseitigen Gestaltungsgeschäfte, soweit die materiellrechtliche Wirkung in Frage steht, allein den Regeln des bürgerlichen Rechts, gleichgültig, ob sie vor dem Prozeß, während seiner Dauer oder im Verfahren selbst vorgenommen werden. Dem steht nicht die in Lehre und Rechtsprechung allgemein vertretene Ansicht entgegen, daß in den Fällen, in denen eine besondere Form vorgeschrieben oder vereinbart ist, die Beobachtung der für die PHen vorgeschriebenen Form genügt¹¹¹⁾, wenn die Vornahme des Gestaltungsgeschäfts „mit dem Angriffs- oder Verteidigungszweck des Prozesses im Zusammenhang steht“¹¹²⁾. Diese Ausnahme ist im Interesse einer schnellen und einfachen Prozeßführung gerechtfertigt.

Der Einwand von Oertmann, die verschiedene Behandlung der materiellrechtlichen Gestaltungserklärung und der prozessualen Geltendmachung in der Frage der Willensmängel führe leicht zu einem Zwiespalt zwischen dem

¹⁰⁸⁾ Vgl. Oertmann, Aufrechnung, S. 164 zu Anm. 7; ähnlich Walsmann, aaO. S. 130, der jedoch davon ausgeht, daß die privatrechtliche Wirkung erst dann eintritt, wenn die Gestaltungserklärung nicht bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung widerrufen ist.

¹⁰⁹⁾ Neuner, S. 129; vgl. auch Deinhardt, S. 80.

¹¹⁰⁾ Diese viel umstrittene Frage braucht hier nicht näher behandelt zu werden; vgl. dazu Neuner, S. 130 (mit Nachweisen Anm. 14); Kohler, ZZP 24, 18; Nikisch, Festschrift, S. 783 (mit weiteren Nachweisen Anm. 54, 55); Wach, ZZP 27, 15 f.; Walsmann, aaO. S. 129.

¹¹¹⁾ Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 145 III 3.

¹¹²⁾ Neuner, S. 130.

Urteil und der materiellen Rechtslage¹¹³⁾, vermag nicht zu überzeugen. Eine Diskrepanz ist zwar insofern denkbar, als der prozessual zulässige Widerruf der Gestaltungserklärung nur die Urteilsgrundlage, nicht aber die infolge des einseitigen Gestaltungsgeschäfts veränderte materielle Rechtslage beeinflusst. Die materiellrechtlichen Wirkungen können nur nach den Vorschriften des materiellen Rechts wieder beseitigt werden. Die Parteien müssen aber, soweit ihr Dispositionsbefugnis reicht, in der Lage sein, den eingeführten Prozeßstoff der richterlichen Beurteilung ohne Rücksicht auf die materielle Rechtslage wieder zu entziehen. Die Parteien können auch sonst ihre Behauptungen wieder fallen lassen¹¹⁴⁾. Will die Partei verhindern, daß der Gegner seinerseits die Tatsache der materiellrechtlichen Gestaltungserklärung mit Erfolg in den Prozeß einführt, muß sie die Erklärung unverzüglich anfechten.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß bei den im Prozeß vorgenommenen einseitigen Gestaltungsgeschäften der Anfechtung, der Kündigung, des Rücktritts und der Mahnung die Wirkungen und Funktionen sowie die Regelung bezüglich der Voraussetzungen für die rein bürgerlichrechtliche Natur dieser Handlungen sprechen.

4. Bei der im Prozeß erklärten *Aufrechnung* sind die Gründe, die für die prozessuale Rechtsnatur sprechen, schwerwiegender als bei den bisher behandelten einseitigen Gestaltungsgeschäften.

Die „Prozeßaufrechnung“, die *Nikisch*¹¹⁵⁾ der privatrechtlichen Aufrechnung gegenüberstellt, war nicht nur zur Zeit der gemeinrechtlichen Wissenschaft geltendes Recht¹¹⁶⁾, sondern ist es auch jetzt noch in anderen Staaten wie z. B. in Österreich¹¹⁷⁾ und — in besonderen Formen — im anglo-amerikanischen Rechtskreis¹¹⁸⁾.

Die historische Entwicklung des Rechts in Deutschland spricht jedoch gegen die prozessuale Theorie¹¹⁹⁾. Der Gesetzgeber des BGB wollte offensichtlich die gemeinrechtliche Theorie der gerichtlichen Kompensation durch konstitu-

¹¹³⁾ Vgl. *Oertmann*, Aufrechnung, S. 165 (für die Aufrechnung).

¹¹⁴⁾ *Grabner*, ZZP 48, 533.

¹¹⁵⁾ Lb. § 68 II 3.

¹¹⁶⁾ Vgl. *Oertmann*, Aufrechnung, S. 1 ff., 13 ff.

¹¹⁷⁾ Dazu eingehend *Novak*, JBl 1951, 504 ff.

¹¹⁸⁾ Vgl. *Kegel*, Probleme der Aufrechnung: Gegenseitigkeit und Liquidität, Berlin, Leipzig 1938, S. 11 ff., der hervorhebt, daß die englisch-amerikanische „Prozeßaufrechnung“ auch eine materiellrechtliche Seite hat, vgl. aaO. S. 46.

¹¹⁹⁾ A. A. *Nikisch*, Festschrift, S. 781.

tives Urteil nicht übernehmen. Das zeigt auch ein Vergleich des Wortlauts der deutschen mit der österreichischen Rechtskraftvorschrift¹²⁰⁾.

Es muß *Nikisch* allerdings darin zugestimmt werden, daß das Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung, worauf sich die Vertreter der Gegenmeinung berufen¹²¹⁾, allein nicht ausschlaggebend sein kann¹²²⁾. Ergibt sich aus dem Zusammenhang der materiellrechtlichen Normen *zwingend*, daß die „Prozeßaufrechnung“ von „anderer Art“ ist als die privatrechtliche Aufrechnung¹²³⁾ und anders als diese eine richterliche Gestaltung erfordert, so ist eine ausdrückliche gesetzliche Regelung nicht notwendig.

Die Bestimmungen der §§ 209 Abs. 2 Ziff. 3, 215 BGB, auf die sich die Vertreter der prozessualen Theorie und der Theorie von der Doppelnatur berufen¹²⁴⁾, zwingen nicht zu einer solchen Annahme¹²⁵⁾. Aus diesen Vorschriften ist nur¹²⁶⁾ zu entnehmen, daß auch materiellrechtlich nicht voll wirksame Aufrechnungserklärungen gewisse selbständige Wirkungen ausüben. Welche Fälle dafür in Betracht kommen, lassen die §§ 209, 215 BGB offen. Selbst wenn man den Anwendungsbereich nicht auf die Eventualaufrechnung beschränkt¹²⁷⁾, sondern auch die gem. §§ 393, 394 BGB unzulässigen Aufrechnungen diesen Bestimmungen unterstellt¹²⁸⁾, berechtigt der Wortlaut der §§ 209 Abs. 2 Ziff. 3, 215 BGB nicht zu der Annahme, daß die „Prozeßaufrechnung“ von anderer Art sei als die außerprozessual erklärte, denn die dort festgesetzten selbständigen Wirkungen, die übrigens nur Nebenwirkungen sind und als solche bei der Beurteilung der Rechtsnatur einer Handlung ohnehin nicht herangezogen werden sollten¹²⁹⁾, knüpfen schon dem Wortlaut nach an die „Geltendmachung“ der Aufrechnung, also an einen unzweifelhaft prozessualen Akt, an¹³⁰⁾, wobei es auch keinen Unterschied macht, ob die

¹²⁰⁾ Während es in § 322 Abs. 2 heißt: „... für den die Aufrechnung geltend gemacht worden ist“, stellt § 411 Abs. 1 Satz 2 Oesterr. ZPO auf den Betrag ab, „mit welchem aufgerechnet werden soll“. (Vgl. hierzu *Novak*, aaO. S. 505).

¹²¹⁾ *A. Blomeyer*, Schuldrecht, § 40 III 1; *Oertmann*, Aufrechnung, S. 41; *Rosenberg*, Stellvertretung, S. 72; *Walsmann*, aaO. S. 126.

¹²²⁾ Lb. § 68 II 3; Festschrift, S. 781; ebenso *Gaude*, S. 73.

¹²³⁾ Das nimmt auch *Larenz*, Schuldrecht, § 27 IIIc, an.

¹²⁴⁾ *Hellwig*, Lb. 1, 244; *Nikisch*, § 68 II 3; Festschrift, S. 781 f.; *Oertmann*, Aufrechnung, S. 40 f.; *Wach*, ZJP 27, 14; *Walsmann*, aaO. S. 123; *Gaude*, S. 75 ff.

¹²⁵⁾ *A. Blomeyer*, aaO.

¹²⁶⁾ *A. A. Nikisch*, Festschrift, S. 782 Anm. 50.

¹²⁷⁾ So *A. Blomeyer*, aaO.

¹²⁸⁾ RGRKomm. § 215 Bem. 1; *Nikisch*, § 68 III 2 a. E.; vgl. zu der Frage des Anwendungsbereichs auch *Oertmann*, aaO. S. 157 f.

¹²⁹⁾ S. oben S. 51 f.

¹³⁰⁾ *Deinhardt*, S. 84.

nicht voll wirksame Aufrechnung schon vor Beginn des Verfahrens erklärt worden ist oder erst im Prozeß erklärt wird.

Es wäre aber denkbar, daß die Interessenlage bei der prozessualen Aufrechnung eine so grundsätzlich andere ist als bei der außerprozessualen, daß allein die richterliche Gestaltung den bestehenden praktischen Bedürfnissen gerecht werden könnte. Während die Aufrechnung außerhalb des Rechtsstreits auf das Erlöschen der eigenen Schuld gerichtet ist, dient die im Prozeß erklärte Aufrechnung in erster Linie, das muß eingeräumt werden, der Verteidigung gegen den gegnerischen Anspruch. Die Interessenlage ist hier jedoch im Grunde keine andere als bei der außerprozessualen Aufrechnung. Steht dem Beklagten als einziges Verteidigungsmittel gegen den *unbestrittenen* Klageanspruch die Aufrechnung mit einer Gegenforderung zur Verfügung, so ist seine Verteidigung der Sache nach auf das Erlöschen der eigenen Schuld gerichtet. Durch das Erlöschen seiner eigenen Forderung wird er im Falle einer Klagezurücknahme oder einer Prozeßabweisung nicht benachteiligt. Es besteht kein praktisches Bedürfnis dafür, dem Beklagten in diesen Fällen seine Forderung zu lassen, damit er sie anderweitig geltend machen kann¹³¹⁾, denn der Gegner würde dann seinerseits aufrechnen. Davon, daß der Beklagte in einem solchen Fall ein unnötiges Opfer bringe¹³²⁾, kann nicht gesprochen werden, da mit der wirksamen Aufrechnung die — von dem Beklagten nicht bestrittene — Forderung des Klägers erlischt¹³³⁾. Ließe man die Gegenforderung bestehen, wäre der Kläger gehindert, mit Rücksicht auf die erfolgte Aufrechnung die Klage zurückzunehmen oder die Erledigung der Hauptsache zu erklären¹³⁴⁾, da er mit einer erneuten Geltendmachung der Gegenforderung rechnen müßte. Wird das Bestehen der klägerischen Forderung dagegen vom Beklagten *bestritten*, so hat dieser die Möglichkeit, die Aufrechnung eventualiter zu erklären¹³⁵⁾. Damit sind die Interessen des Beklagten genügend geschützt. Er hat es in der Hand, die Schaffung eines *fait accompli* zu verhindern. Diesen Weg wird der Beklagte beschreiten, wenn er die Verfügungsfreiheit über die Forderung für den Fall der Prozeßabweisung oder der Klagezurücknahme behalten will¹³⁶⁾. Wird die Aufrechnung neben anderen Verteidigungsmitteln geltend gemacht, so ist sie als

¹³¹⁾ Vgl. *Nikisch*, § 68 II 3.

¹³²⁾ *Gaude*, S. 57.

¹³³⁾ Gegen diese Argumentation *Nikisch*, Festschrift, S. 772.

¹³⁴⁾ Vgl. *Rosenberg*, § 79 III 4; RGZ 57, 381 (385).

¹³⁵⁾ *Blomeyer*, aaO.

¹³⁶⁾ Das Interesse an der Erhaltung der Verfügungsfreiheit spricht daher nicht unbedingt für die prozessuale Theorie; a. A. *Nikisch*, Festschrift, S. 772.

Eventualaufrechnung aufzufassen¹³⁷⁾. Im Zweifelsfall ist dies vom Gericht gem. § 139 zu klären.

Auch die Möglichkeit, daß eine im Prozeß erklärte Aufrechnung im Urteil keine Beachtung findet, weil sie nach den Bestimmungen der §§ 279, 529 Abs. 5 zu spät erklärt worden ist, nötigt nicht dazu, bei der „Prozeßaufrechnung“ den Eintritt eines privatrechtlichen Erfolges zu verneinen, wenn die Aufrechnung im Prozeß ohne Wirkung bleibt¹³⁸⁾. Eine verschiedene Behandlung der verspäteten Geltendmachung der bereits außerprozessual erklärten Aufrechnung und der verspäteten „Prozeßaufrechnung“ ist nicht berechtigt¹³⁹⁾. *Nikisch* wendet hiergegen ein, daß § 279 offensichtlich nur das *prozessuale* Vorbringen eines — wie bei der außerprozessualen Aufrechnung — bereits abgeschlossen vorliegenden Tatbestandes im Auge habe, nicht aber an den Fall denke, „daß ein für die Entscheidung des Rechtsstreits wesentlicher Tatbestand *erst durch eine prozessuale Erklärung geschaffen wird*“¹⁴⁰⁾. Dem vermag ich nicht zuzustimmen. § 279 stellt in erster Linie auf das prozessuale Vorbringen ab, gleichgültig wie die materielle Rechtslage aussieht. Auf sie kann es allerdings ankommen, wenn zu entscheiden ist, ob das Angriffs- oder Verteidigungsmittel früher hätte vorgebracht werden können. In der hier behandelten Frage kann ein Unterschied zwischen dem Fall, daß die materielle Rechtslage durch eine außerprozessuale Aufrechnung bereits gestaltet war, und dem Fall, daß der Beklagte erst im Prozeß aufrechnet, obwohl die Voraussetzungen für die Aufrechnung schon zu Beginn des Verfahrens gegeben waren, nicht gemacht werden. In beiden Fällen liegt es in der Macht des Beklagten, die Aufrechnung früher geltend zu machen. Hoffter, zunächst mit einem anderen Verteidigungsmittel durchzudringen, so hat er die Möglichkeit, die Aufrechnung eventualiter zu erklären. Erlangt der Beklagte die aufrechenbare Gegenforderung verspätet, z. B. erst in der Berufungsinstanz¹⁴¹⁾, so wird man ihm eine Möglichkeit geben müssen, sich gegen den Verlust seiner Forderung zu schützen. Da der Beklagte es nicht in der Hand hat, ob die verspätete Geltendmachung noch zugelassen wird oder nicht, wird man es in diesem Fall zulassen können, daß er die Aufrechnung eventualiter für den Fall der Sachdienlicherklärung durch das Ge-

¹³⁷⁾ *Kohler*, ZJP 20, 22.

¹³⁸⁾ A. A. *Nikisch*, § 68 II 3, Festschrift, S. 772 f.; *Gaude*, aaO. S. 67; vgl. auch *Oertmann*, Aufrechnung, S. 38 ff.

¹³⁹⁾ Vgl. *Siber* bei Planck, § 388 Anm. 2. *Rosenberg*, § 76 III 4a, hält dagegen die nicht zugelassene Aufrechnung für zivilrechtlich wirkungslos (vgl. dazu *Nikisch*, Festschrift, S. 773 Anm. 25).

¹⁴⁰⁾ Festschrift, S. 773.

¹⁴¹⁾ Vgl. das Beispiel in BGHZ 5, 373.

richt (§ 529 Abs. 5) erklärt. Vom Standpunkt des Prozeßrechts aus bestehen dagegen keine Bedenken, da eine unklare prozessuale Situation hier ebenso wenig entsteht wie sonst bei der Eventualaufrechnung¹⁴²⁾.

Auch die Zulässigkeit der Eventualaufrechnung im Prozeß nötigt nicht dazu, der „Prozeßaufrechnung“ einen anderen Charakter zuzusprechen als der außerprozessual erklärten Aufrechnung¹⁴³⁾. Mit der Zulassung der Eventualaufrechnung wird keine von dem materiellen Recht abweichende Regelung geschaffen. Die ratio des § 388 Abs. 2 BGB trifft auf den Fall der Eventualaufrechnung nicht zu¹⁴⁴⁾, wie sich auch eindeutig aus der Entstehungsgeschichte ergibt¹⁴⁵⁾.

Aus dem Zusammenhang der gesetzlichen Vorschriften läßt sich daher nicht entnehmen, daß die „Prozeßaufrechnung“ — anders als die außerprozessual erklärte Aufrechnung — ein auf richterliche Gestaltung gerichtetes prozessuales Begehren sei, das in seiner Wirkung auf den Prozeß beschränkt ist. Mit ihrer Erklärung im Prozeß wird die Aufrechnung nicht organischer Teil des Verfahrens. Sie ist funktionell nicht Ausdruck des auf das Rechtgeben gerichteten Rechtnehmens, sondern ein selbständiger Eingriff in die materielle Rechtslage.

Die übrigen, bekannten Argumente gegen die prozessuale Theorie¹⁴⁶⁾ sollen hier nicht wiederholt werden. Gegen die Auffassung von der Doppelnatur sprechen die gleichen Erwägungen wie bei der im Prozeß erklärten Anfechtung usw. Zusammenfassend ist festzustellen, daß die im Prozeß erklärte Aufrechnung ihrer Wirkung und Funktion nach bürgerlichrechtlicher Natur ist¹⁴⁷⁾. Es handelt sich ebenso wie bei den zunächst behandelten einseitigen

¹⁴²⁾ Im Zweifel ist anzunehmen, daß der Beklagte mit der verspätet erlangten Gegenforderung nur eventualiter aufrechnen wollte. Dies entspricht wohl auch der Auffassung des BGH, der es, obwohl er die prozessuale Theorie offensichtlich nicht vertritt vgl. (BGHZ 16, 124 ff. (128)), für ganz selbstverständlich hält, daß trotz Nichtzulassung der Aufrechnung in der Berufungsinstanz die Gegenforderung erneut geltend gemacht werden kann (vgl. BGHZ 17, 124 (126)).

¹⁴³⁾ A. A. Nikisch, § 68 III 2; Festschrift, S. 775 f.; vgl. auch Hellwig, Prozeßhandlung, S. 72, 99; Kohler, ZZP 29, 29; Gaude, S. 59 f., 66.

¹⁴⁴⁾ Vgl. u. a. Neuner, S. 129; vgl. Esser, Schuldrecht, § 128, 3.

¹⁴⁵⁾ A. Blomeyer, aaO. § 40 III 2.

¹⁴⁶⁾ Vgl. Oertmann, aaO. S. 41 ff.

¹⁴⁷⁾ Diese Feststellung genügt für die Abgrenzung des PHbereichs sowohl unter dem Gesichtspunkt der Unterscheidung der PHen von dem bürgerlichrechtlichen Parteiverhalten als auch unter dem Gesichtspunkt der funktionellen Bedeutung der PHen für Prozeßzweck und Prozeßentwicklung. Auf die zahlreichen Einzelprobleme, die mit der „Prozeßaufrechnung“ zusammenhängen, braucht im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht eingegangen zu werden.

III. Teil. Umstrittene einseitige Parteihandlungen

Gestaltungsgeschäften um einen Doppeltatbestand, bei dem nur die Geltendmachung PH ist.

5. Bei der *Wandlung* liegt der Gedanke einer „versteckten“ richterlichen Gestaltung¹⁴⁸⁾ näher als bei den bisher behandelten einseitigen Gestaltungsgeschäften. Sieht man in ihr einen Gestaltungsakt, der durch das Urteil erfolgt¹⁴⁹⁾, so ist die Wandlungseinrede im Prozeß¹⁵⁰⁾ das prozessuale Begehren auf richterliche Gestaltung¹⁵¹⁾. Insofern ist sie funktionell eine Form des Rechtnehmens. Übt dagegen der Käufer mit dem Verlangen auf Rückgewähr ein privatrechtliches Gestaltungsrecht aus¹⁵²⁾, so ist eine richterliche Gestaltung nicht mehr erforderlich. Die Aufhebung bzw. die Änderung des Vertrages, die auch die Vertreter dieser Theorie für notwendig halten¹⁵³⁾, wird auf die Parteierklärung zurückgeführt, die nach dieser Auffassung rein privatrechtlicher Natur ist.

Zu dem Theorienstreit um den Wandlungsvollzug braucht hier nicht Stellung genommen zu werden. Aufgabe der vorliegenden Untersuchung ist es, zu klären, ob die einseitigen Gestaltungsgeschäfte durch ihre Vornahme im Prozeß zu PHen werden. Anders als bei den bisher behandelten einseitigen Gestaltungsgeschäften hat bei der Wandlung die Frage, ob zur Änderung der materiellen Rechtslage eine richterliche Gestaltung erforderlich ist oder ob die Gestaltungserklärung der Partei genügt, grundsätzliche Bedeutung. Sie ist für die Rechtsnatur der Wandlungserklärung¹⁵⁴⁾ überhaupt und nicht nur für die Rechtsnatur der im Prozeß erklärten Wandlungseinrede entscheidend. Eine Unterscheidung danach, ob die Gestaltungserklärung im Prozeß oder außerhalb des Verfahrens abgegeben wird, kommt daher hier nicht in Betracht. Die einseitige Wandlungserklärung ist entweder nur privatrechtlicher Natur oder nur ein prozessuales Begehren auf richterliche Gestaltung. Es kommt nur *eine* Möglichkeit in Betracht. Die Abgrenzung des PHbereichs wird von der Entscheidung dieser Frage nicht berührt. Teilt man die Auf-

¹⁴⁸⁾ Bötticher, SJZ 1948, 741 Anm. 17; Gaude, S. 1, spricht von „verdeckter“ richterlicher Gestaltung.

¹⁴⁹⁾ Bötticher, Wandlung, S. 31 ff.; zustimmend Larenz, NJW 1951, 499, Schuldrecht II S. 44; Gaude, S. 4, 19 ff., mit einzelnen Abweichungen (vgl. S. 30 f., 36 f., 45); vgl. auch Nikisch, § 68 II 3 a. E.; Festschrift, S. 780 Anm. 46, S. 782 Anm. 51, und Beitzke, Festschrift für Julius von Gierke, Berlin 1950, S. 12.

¹⁵⁰⁾ Vgl. Bötticher, aaO. S. 53; Larenz, aaO. S. 500.

¹⁵¹⁾ Bötticher, aaO. S. 49.

¹⁵²⁾ So A. Blomeyer, AcP 151, 114 ff., 118. Dabei nimmt er eine derogierende Kraft des Gerichtsgebrauchs an (aaO. S. 110); hiergegen Larenz, aaO. S. 497, Gaude, S. 17 f.

¹⁵³⁾ Vgl. A. Blomeyer, aaO. S. 111.

¹⁵⁴⁾ Der Wandlungsvertrag kann hier außer Betracht bleiben.

fassung von *Böttcher*, so liegt in dem Wandlungsbegehren funktionell nichts anderes als ein *Antrag* auf richterliche Gestaltung¹⁵⁵), also ein Sachantrag, der unbestritten eine PH ist. Ein Grenzfall, wie er bei den anderen im Prozeß vorgenommenen einseitigen Gestaltungsgeschäften angenommen wird, liegt bei der einseitigen Wandlungserklärung nicht vor.

6. Zusammenfassend ist festzustellen, daß die einseitigen Gestaltungsgeschäfte durch die Vornahme im Prozeß ihre Rechtsnatur nicht verändern, sondern ihren privatrechtlichen Charakter behalten.

§ 21. Parteihandlungen, die sowohl innerhalb als auch außerhalb des Verfahrens, in der Regel aber während eines anhängigen Verfahrens vorgenommen werden

I. Der einseitige, dem Gegner erklärte Rechtsmittelverzicht nach Urteilsverkündung

Von Lehre¹⁵⁶) und Rechtsprechung¹⁵⁷) wird dem einseitigen Rechtsmittelverzicht im allgemeinen PHcharakter zuerkannt. Die Vertreter der Gegenauffassung lassen eine klare Abgrenzung von dem vertraglichen Rechtsmittelverzicht vermissen¹⁵⁸). Die von *Wieczorek*¹⁵⁹) gegen die Zulässigkeit des einseitigen dem Gegner erklärten Rechtsmittelverzichts erhobenen Bedenken sind nicht begründet. Die Erweiterung des Amtsbetriebs durch die Novelle 1950 ändert nichts an dem Charakter des Prozesses als einer Arbeitsgemeinschaft. Das Verfahren wird nicht nur von dem Gericht, sondern auch von den Parteien betrieben. Eine Vorrangstellung des Gerichts, wie sie *Wieczorek* annimmt, ist im Zusammenhang des § 514 nicht anzuerkennen¹⁶⁰). Der Gegner ist in gleicher Weise wie das Gericht daran interessiert, die Verzichtserklärung der Partei zu „erfahren“.

¹⁵⁵) Vgl. *Böttcher*, DRechtsW 7, 143.

¹⁵⁶) Vgl. u. a. *Baumbach-Lauterbach*, § 514, 2A; *R. Bruns*, § 46 V 1 f; *Goldschmidt*, S. 459; *Hellwig*, Syst. I S. 839; *Nikisch*, § 54 I 3; *Rosenberg*, § 60 II 1, § 61 II b a, § 134 II 3 a; *Schönke-Schröder-Niese*, § 84 IV 1; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 514 II 1 d.

¹⁵⁷) RGZ 105, 352 (355); RG DR 1942, 812; BGHZ 2, 112; BGH JZ 1953, 153; SchlHOLG JR 1949, 56; offengelassen bei *Walsmann*, AcP 102, 185; BGHZ 4, 314 (320), wobei der BGH, der offenläßt, ob der einseitige dem Gegner erklärte Rechtsmittelverzicht eine „eigentliche Prozeßhandlung“ ist, oder ob es sich um die Erklärung handelt, eine Prozeßhandlung nicht vornehmen zu wollen, sich zu Unrecht auf das RG beruft (RGZ 45, 323 (329)). Dieser Entscheidung des RG lag ein vertraglicher Rechtsmittelverzicht zugrunde.

¹⁵⁸) Vgl. *Lapp* und *Schindelmeyer*, SchlHA 1951, 125 f.

¹⁵⁹) AP 1953, Nr. 14 (Anm.).

¹⁶⁰) Der BGH hat die Zulässigkeit mehrmals ausdrücklich anerkannt, vgl. BGHZ 2, 112; 4, 320.

III. Teil. Umstrittene einseitige Parteihandlungen

Die charakteristische Wirkung des dem Gegner erklärten Rechtsmittelverzichts liegt in einer unmittelbaren Änderung der prozeßrechtlichen Beziehungen der Parteien und nicht in der Begründung der Verpflichtung, die Einlegung des Rechtsmittels zu unterlassen¹⁶¹⁾. Die Verzichtserklärung hat gleichzeitig den Verlust der prozessualen Befugnis zur Einlegung des Rechtsmittels und die Begründung einer Einredebefugnis für den Gegner zur Folge¹⁶²⁾. Der Rechtsmittelverzicht bewirkt also unmittelbar eine Veränderung der prozessualen Befugnisse der Parteien. Diese Wirkung ist rein prozessualer Natur. Um eine innerprozessuale Wirkung herbeizuführen, wie sie bei den unbestrittenen PHen als typisch herausgestellt wurde, bedarf es jedoch noch eines weiteren Aktes: diese Wirkungen treten nur dann ein, wenn der Gegner von seiner Einredebefugnis, auf die er verzichten kann, Gebrauch macht. Erst dann tritt die „entferntere“, innerprozessuale Wirkung ein, die in der Verhinderung der sachlichen Nachprüfung des vorinstanzlichen Urteils liegt. Der Eintritt der innerprozessualen Wirkung ist jedoch nicht allein auf den prozessualen Akt der Einrede, sondern auch und in erster Linie auf den prozessualen Gehalt des mit der Einrede in den Prozeß eingeführten Tatbestandes zurückzuführen, der darin liegt, daß die Einlegung des Rechtsmittels bereits mit dem Verlust der prozessualen Befugnis zur Rechtsmittel einlegung unzulässig wird. Dieser außerhalb des Verfahrens liegende Tatbestand ist jedoch vom Gericht nicht zu berücksichtigen, wenn sich der Gegner nicht auf ihn beruft. Daß die Einlegung des Rechtsmittels nicht erst durch die Einrede, sondern schon mit der Erklärung des Rechtsmittelverzichts unzulässig wird, erweist sich im Falle der beiderseitigen Verzichtserklärung. Hier haben die Parteierklärungen den unmittelbaren Eintritt der Rechtskraft zur Folge¹⁶³⁾. Diese Wirkung kann von den Parteien auch nicht im gegenseitigen Einverständnis wieder beseitigt werden. Der Eintritt der Rechtskraft und damit als Vorfrage auch der beiderseitige Rechtsmittelverzicht sind im Rahmen der §§ 519 b, 554 a von Amts wegen zu beachten¹⁶⁴⁾.

¹⁶¹⁾ Offengelassen in BGHZ 4, 320, vgl. oben Anm. 157.

¹⁶²⁾ Zur Einredebefugnis vgl. *Rosenberg*, § 134 II 3a a. E.; BGH JZ 1953, 153.

¹⁶³⁾ Vgl. *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 705 II 3; OLG Düsseldorf AnwBl 1952/53, S. 119.

¹⁶⁴⁾ Auf die umstrittene Frage, ob bei Vorliegen eines Rechtsmittelverzichts das eingelegte Rechtsmittel durch Beschluß als unzulässig verworfen werden kann (verneinend RG JW 1931, 1083, mit zustimmender Anm. von *Pagenstecher*; *Rosenberg*, § 137 I 2a; bejahend BGHZ 2, 112 (117); *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 519 b, III B zu N 12) braucht hier nicht eingegangen zu werden. Ist infolge eines beiderseitigen Rechtsmittelverzichts die Rechtskraft eingetreten, so ist das Beschlußverfahren auf jeden Fall anwendbar.

Während mit der *Erklärung* des Rechtsmittelverzichts unmittelbar ein prozessualer Tatbestand geschaffen wird, begründet das *Versprechen*, den Rechtsmittelverzicht zu erklären¹⁶⁵⁾, oder das Versprechen, die Einlegung eines Rechtsmittels zu unterlassen, lediglich die *Verpflichtung* zur Vornahme oder Unterlassung einer PH¹⁶⁶⁾. Zur Herbeiführung einer prozessualen Wirkung bedarf es noch einer weiteren Parteihandlung. Die verpflichtende Wirkung des Versprechens ist, wie noch zu zeigen sein wird, materiellrechtlicher Natur. Ob die *vertragliche Erklärung* des Rechtsmittelverzichts prozessuale Wirkungen hat, wird noch zu klären sein¹⁶⁷⁾. Den Unterschied zwischen der *Erklärung* des Rechtsmittelverzichts und der *Verpflichtung* zur Vornahme bzw. Unterlassung einer PH verkennt *Schindelman*, wenn er den einseitigen dem Gegner erklärten Rechtsmittelverzicht mit der vertraglichen Verpflichtung zur Klagezurücknahme vergleicht¹⁶⁸⁾.

Im allgemeinen wird angenommen, daß der einseitige Rechtsmittelverzicht hinsichtlich der Voraussetzungen nicht den Regeln des bürgerlichen Rechts unterliegt. In der Praxis spielt vor allem die Frage der Anfechtbarkeit wegen Willensmängel eine Rolle¹⁶⁹⁾. Soweit der Rechtsmittelverzicht den Eintritt der Rechtskraft zur Folge hat, steht diese einer Anfechtung der Verzichtserklärung ebenso entgegen wie einem Widerruf des Rechtsmittelverzichts mit Einverständnis des Gegners¹⁷⁰⁾. Ist die Rechtskraft noch nicht eingetreten, hat der Gegner aber den Rechtsmittelverzicht bereits einredeweise geltend gemacht, so sind für die Frage der Anfechtbarkeit nicht nur die gegensätzlichen Interessen der beiden Parteien, sondern auch die Interessen der Rechtspflegeorgane an der Durchführung ihrer Rechtsschutzaufgabe maßgebend. Sowohl die schutzwürdigen Interessen des Gegners, der sich auf die mit dem Rechtsmittelverzicht eingetretene Situation in seiner prozessualen Verhaltensweise einstellt, als auch die Interessen der Rechtspflegeorgane an der Sicherheit des Verfahrensablaufs verbieten die Zulassung der Anfechtung¹⁷¹⁾. Ist dagegen die Tatsache der Verzichtserklärung in den Prozeß noch nicht eingeführt, so stehen allein die Interessen des Gegners in Frage. Es gilt aber

¹⁶⁵⁾ Vgl. RGZ 161, 350 (353/354).

¹⁶⁶⁾ Vgl. unten S. 271 f.

¹⁶⁷⁾ Vgl. unten S. 206 ff.

¹⁶⁸⁾ SchlHA 1951, 125 f.

¹⁶⁹⁾ Die Anfechtbarkeit wird verneint vom RG (RGZ 105, 355; 161, 358); bejaht von *Schindelman*, SchlHA 1951, 126.

¹⁷⁰⁾ RG Warn Rsp 1923/24 Nr. 132; RGZ 110, 228 (230); RG JW 1937, 1438.

¹⁷¹⁾ Dagegen wird man den Widerruf im Einverständnis mit dem Gegner zulassen können (so das RG in ständiger Rechtsprechung, vgl. RGZ 150, 392 (395)), da in erster Linie die Interessen des Gegners berührt werden.

III. Teil. Umstrittene einseitige Parteihandlungen

auch in diesem Stadium nichts anderes als nach Erhebung der Einrede: der Gegner muß sich auf die eingetretene Situation verlassen können, um seine Prozeßführung danach einzurichten. Der einseitige Rechtsmittelverzicht ist daher nicht anfechtbar. Damit steht nicht im Widerspruch, daß der vertragliche Rechtsmittelverzicht, wie noch zu zeigen sein wird, wegen Willensmängel angefochten werden kann. Anders als bei einem Vertrag hat der Gegner bei einem einseitigen Rechtsmittelverzicht keinen Einfluß auf dessen Zustandekommen und bedarf daher eines erhöhten Schutzes.

Unter dem Gesichtspunkt der Abgrenzung der PHen von dem bürgerlich-rechtlichen Parteiverhalten ist der einseitige dem Gegner erklärte Rechtsmittelverzicht trotz der nur mittelbaren innerprozessualen Wirkung den unbestrittenen PHen ähnlich. Er unterliegt sowohl hinsichtlich der Voraussetzungen als auch der Wirkungen allein dem Prozeßrecht.

Auch funktionell kommt dem Rechtsmittelverzicht eine mit den unbestrittenen PHen vergleichbare Bedeutung zu. Seine Funktion ist in der Verhinderung der sachlichen Nachprüfung des vorinstanzlichen Urteils, also in der Verhinderung eines Sachurteils zu sehen.

II. Der Zustellungsauftrag

Die Rechtsnatur des Zustellungsauftrags ist vor allem für die Frage des Anwaltszwangs von praktischer Bedeutung. Die Frage des Anwaltszwangs entsteht dann, wenn man eine PH annimmt¹⁷²⁾. Sieht man dagegen in dem Zustellungsauftrag ein Rechtsgeschäft des bürgerlichen Rechts, so kann dieses Problem natürlich nicht entstehen. Daß die Bestimmung der Rechtsnatur einer Parteihandlung unabhängig davon vorgenommen werden muß, ob der Anwaltszwang zweckmäßig erscheint oder nicht, wurde bereits dargelegt¹⁷³⁾.

Solange der bekannte Streit um die rechtliche Bedeutung des Innenverhältnisses zwischen dem Gerichtsvollzieher und dem Auftraggeber bestand, konnte eine Einigkeit in der Frage der Rechtsnatur des Zustellungsauftrages naturgemäß nicht zustandekommen¹⁷⁴⁾. Erst seit der Plenarentscheidung des

¹⁷²⁾ Der Anwaltszwang wird bejaht von *Goldschmidt*, Lb. § 52, 2; verneint von *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 78 IV 3, und dem RG in st. Rspr., vgl. VZS RGZ 17, 392.

¹⁷³⁾ S. oben S. 108 ff.

¹⁷⁴⁾ Eine rein privatrechtliche Handlung nehmen u. a. an *Rosenberg*, Stellvertretung, S. 64; *Walsmann*, AcP 102, 19 f.; *Rosenberg* sieht jetzt in dem Auftrag einen prozessualen Antrag, vgl. § 26 II 3.

RG¹⁷⁵⁾ aus dem Jahre 1913 wird allgemein die Auffassung geteilt, daß der dem Gerichtsvollzieher erteilte Zustellungsauftrag nichts anderes ist als ein „Antrag“¹⁷⁶⁾. Daraus kann jedoch noch nicht gefolgert werden, daß sich auch die Auffassung von *Hellwig* durchgesetzt hat, der Auftrag sei eine *reine* PH¹⁷⁷⁾. Bedenken gegen diese Auffassung ergeben sich vor allem daraus, daß der Zustellungsauftrag keine unmittelbar verfahrensgestaltende Wirkung hat¹⁷⁸⁾.

Um die charakteristische Wirkung des Zustellungsauftrags feststellen zu können, bedarf es der Klärung, welche prozessuale Wirkung die Zustellung selbst ausübt und in welchem Zusammenhang die Auftragserteilung mit dem Eintritt dieser Wirkung steht.

Die Zustellung als ein Realakt kann verfahrensrechtlich verschiedene Bedeutungen haben. In der Regel dient sie wie beispielsweise die Zustellung der Klageschrift der Perfektion einer Prozeßhandlung und ist insoweit nur Form. Ausnahmsweise dient sie auch dazu, eine bereits perfekte Prozeßhandlung dem Gegner mitzuteilen¹⁷⁹⁾ oder eine Erklärung zu übermitteln¹⁸⁰⁾. Für die jetzt noch im Parteibetrieb vorzunehmenden Zustellungen kommen nur die zuletzt genannten Möglichkeiten in Betracht. In allen Fällen fehlt der Zustellung die selbständige Bedeutung. Prozessuale Wirkungen hat nicht die Zustellung als solche, sondern nur die Prozeßhandlung, der die Zustellung dient. So erzeugt beispielsweise die Zustellung eines Nichturteils keine prozessualen Wirkungen. Diese „Unselbständigkeit“ der Zustellung steht jedoch nicht der Annahme entgegen, daß der Zustellungsauftrag PHcharakter hat¹⁸¹⁾. Wie schon dargelegt worden ist, kommt den PHen überhaupt eine gewisse unselbständige Bedeutung zu¹⁸²⁾. Stellt man auf die innerprozes-

¹⁷⁵⁾ VZS RGZ 82, 85; zur Entwicklung der Rechtsprechung *Oertmann*, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Berlin, Leipzig 1929, Bd. VI, S. 81 ff.

¹⁷⁶⁾ Vgl. u. a. *Baumbach-Lauterbach*, § 167 Bem. 1; *R. Bruns*, § 7 III; *Nikisch*, § 19 III 2; *Rosenberg*, § 26 II 3; *Schönke-Schröder-Niese*, § 20 II 1; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, Bem. V 2 vor § 166; a. A. *Kleybolte*, NJW 1954, 1469 und 1955, 1169.

¹⁷⁷⁾ Lb. 2, 112.

¹⁷⁸⁾ Vgl. *Rosenberg*, Stellvertretung, S. 64. *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 78 IV 3, sehen in dem Zustellungsauftrag nur eine PH im weiteren Sinne, „da die Zustellung selbst keine selbständige Prozeßhandlung, sondern nur das Mittel zur Vornahme einer solchen ist“.

¹⁷⁹⁾ *de Boor*, § 12 V 3; *Rosenberg*, § 69 I.

¹⁸⁰⁾ Vgl. § 843.

¹⁸¹⁾ *Stein-Jonas-Schönke-Pohle* verneinen aus diesem Grunde die Eigenschaft einer PH i. e. S.; vgl. oben Anm. 178.

¹⁸²⁾ S. oben S. 84 ff.

III. Teil. Umstrittene einseitige Parteihandlungen

sualen Wirkungen ab, die durch die Zustellung in Verbindung mit der PH, der die Zustellung dient, hervorgerufen werden, so kommt dem „Auftrag“ freilich nur eine mittelbare Wirkung zu. Daran ändert sich auch nichts, wenn man mit *Hellwig*¹⁸³⁾ in der Zustellung einen einheitlichen, sich stufenförmig entwickelnden Vorgang sieht. Die Wirkung des Auftrags bleibt wegen der dazwischentretenden Tätigkeit des Gerichtsvollziehers immer eine nur mittelbare. Die Wirkung des Zustellungsauftrags ist jedoch insofern prozessualer Natur, als die Erteilung des Auftrags, d. h. die Stellung des Antrags, einen Tatbestand schafft, der für die Wirksamkeit der Zustellung Voraussetzung ist¹⁸⁴⁾. Hierin erschöpft sich, abgesehen von den Kostenfolgen, die Wirkung des Antrags. Er zielt allein auf die Herbeiführung der Tätigkeit eines Organs der Gerichtsbarkeit ab. Von den im Verfahren gestellten Anträgen unterscheidet sich der Zustellungsauftrag also nur durch seine mittelbare Wirkung. Dieser Unterschied ist damit zu erklären, daß sich der Antrag an ein nicht am Verfahren beteiligtes Rechtspflegeorgan richtet. Funktionell ändert sich dadurch an der Bedeutung des Zustellungsauftrags nichts. Er ist als Antrag auf Vornahme eines Akts der Gerichtsbarkeit¹⁸⁵⁾ ebenso eine Erwirkungshandlung¹⁸⁶⁾ wie die Sach- und Prozeßanträge.

Für die prozessuale Natur des Zustellungsauftrags spricht auch, daß es unzumutbar erscheint, bezüglich der Voraussetzungen die Regeln des bürgerlichen Rechts anzuwenden. Die Zulassung eines bedingten Zustellungsauftrags, etwa in der Weise, daß die Urteilszustellung für den Fall beantragt wird, daß der Gegner seinerseits das Urteil zustellen läßt, würde die Durchführung des Zustellungsbetriebes wesentlich erschweren. Für die Zulassung einer Anfechtung des Auftrags wegen Irrtums besteht bis zur Zustellung kein Bedürfnis¹⁸⁷⁾, da der Auftrag jederzeit zurückgenommen werden kann. Nach der Zustellung verbieten es die Interessen des Gegners und der Rechtspflege, daß die eingetretene prozessuale Wirkung auf dem Umweg über die Anfechtung des Zustellungsauftrags wieder beseitigt werden kann.

An der funktionellen Bedeutung und der Regelung der Voraussetzungen zeigt sich, daß der Zustellungsauftrag trotz seiner nur mittelbaren prozessualen Wirkung prozessualen Charakter hat. Er gehört sowohl unter dem Gesichtspunkt der Abgrenzung der PHen von dem privatrechtlichen Partei-

¹⁸³⁾ Syst. I, 424; Prozeßhandlung, S. 54.

¹⁸⁴⁾ Vgl. *Hellwig*, Prozeßhandlung, S. 53 f.

¹⁸⁵⁾ *Hellwig*, Lb. 2, 361.

¹⁸⁶⁾ Vgl. *Goldschmidt*, S. 460 Anm. 2439.

¹⁸⁷⁾ *Walsmann*, aaO. S. 105.

verhalten als auch unter der Fragestellung ihrer funktionellen Bedeutung zum PHbereich¹⁸⁸⁾.

§ 22. Die Erteilung der Prozeßvollmacht

I. Die wohl h. L. sieht in der Bevollmächtigung, auch wenn sie vor Beginn des Verfahrens durch Erklärung an den künftigen Prozeßbevollmächtigten erfolgt, eine reine PH¹⁸⁹⁾. Dies wird damit begründet, daß sich die Prozeßvollmacht nur im Prozeß auswirken könne¹⁹⁰⁾, daß sie der Vorbereitung des Verfahrens diene¹⁹¹⁾ und auf die Gestaltung des künftigen Verfahrens abziele¹⁹²⁾. Vielfach wird dabei die Bevollmächtigung den „PHen im weiteren Sinne“¹⁹³⁾ — im Gegensatz zu den „Prozeßführungshandlungen“ — zugeteilt¹⁹⁴⁾.

Demgegenüber vertritt *Rosenberg* die Auffassung, daß die Bevollmächtigung ein bürgerlichrechtliches Geschäft sei, gleichgültig, ob sie sich auf die Vornahme von bürgerlichen Rechtsgeschäften oder von PHen beziehe¹⁹⁵⁾.

¹⁸⁸⁾ Aus dem PHcharakter des Zustellungsauftrags könnte man folgern, daß er dem Anwaltszwang unterliegt (so *Goldschmidt*, Lb., § 52, 2). Jedoch ergibt eine sinn-gemäße Auslegung des § 78, daß Anträge, die abseits von dem eigentlichen Verfahren gestellt werden, dem Anwaltszwang nicht unterliegen (*Hellwig*, Lb. 2, 400 Anm. 12; zustimmend *Förster-Kann*, § 78, 3c).

¹⁸⁹⁾ Vgl. u. a. *Baumbach-Lauterbach*, § 80, 1C; *de Boor*, § 12 I 3; *Goldschmidt*, Lb., § 39, 2, der die Bevollmächtigung den Bewirkungshandlungen zuteilt; *Hellwig*, Syst. I, S. 199, 424; *ZZP* 39, 370; *Lent*, § 29 IV; *Seuffert-Walsmann*, § 80, 1; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 80 II 1; *Wach*, Handbuch 1, 577; *RGZ* 56, 337 (im Zusammenhang der Auslegung des § 81); *KG DRZ* 1947, 376; *OGHZ* 4, 279.

¹⁹⁰⁾ *Lent*, aaO.; *Hellwig*, Syst. I, 199, beruft sich darauf, daß die Erteilung der Prozeßvollmacht prozeßrechtlich geregelte Folgen habe.

¹⁹¹⁾ *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 80 II 1.

¹⁹²⁾ *de Boor*, aaO.

¹⁹³⁾ So *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, aaO.; *Wehmeyer*, S. 15, verneint zwar die Eigenschaft einer PH i. e. S., läßt aber offen, ob der Erteilung der Prozeßvollmacht überhaupt PHcharakter zukommt.

¹⁹⁴⁾ Vgl. *Hellwig*, Syst. I, 424; Prozeßhandlung, S. 55.

¹⁹⁵⁾ Lb. § 50 II 1a, § 59, 2a; Stellvertretung, S. 60 zu Anm. 1, S. 62 zu Anm. 1, S. 64, 144, 563 ff.; ebenso *RGZ* 17, 400, mit der Begründung, daß die Erteilung der Prozeßvollmacht eine einseitige, „interne“ Handlung der Partei sei; sowie *RGZ* 44, 360, unter Berufung auf § 81; abweichend davon *RGZ* 56, 337; *R. Schmidt*, S. 330, lehnt den PHcharakter ab, weil die Bevollmächtigung nicht „in einer äußerlich erkennbaren Beziehung“ auf den „schließlichen Erfolg des Prozesses“, sondern „intern, privatim“ vorgenommen werde; auch *Siegert*, Prozeßhandlungen, S. 23 f., lehnt den PHcharakter der Erteilung der Prozeßvollmacht ab, geht dabei aber von einem engen, für einen bestimmten Untersuchungszweck geschaffenen PHbegriff aus.

Zu dem gleichen Ergebnis kommt *Deinhardt*, der die Zugehörigkeit zum PHbereich verneint, weil die Erteilung der Prozeßvollmacht anfechtbar sei¹⁹⁶⁾.

Im einzelnen wird auf die verschiedenen Ansichten bei der Überprüfung der für die Bestimmung der Rechtsnatur maßgebenden Kriterien einzugehen sein.

II. Die charakteristische Wirkung der Erteilung der Prozeßvollmacht liegt in der Begründung der Vertretungsmacht¹⁹⁷⁾. Damit wird ein prozessualer Tatbestand geschaffen, da die Vollmacht PHvoraussetzung ist¹⁹⁸⁾. Es ist zwar *Rosenberg* darin zuzustimmen, daß aus der Rechtsnatur der Vertreterhandlung nicht ohne weiteres auf die Rechtsnatur der Vollmachterteilung geschlossen werden kann¹⁹⁹⁾. Zwischen beiden Handlungen besteht jedoch ein Zusammenhang in der Frage der Bewertung der Vertreterhandlungen durch das Gericht. Ohne eine wirksame Bevollmächtigung sind die von dem Vertreter oder ihm gegenüber vorgenommenen PHen unzulässig bzw. unbeachtlich. Hieran zeigt sich, daß der Tatbestand, der mit der Bevollmächtigung geschaffen wird, lediglich prozessuale Bedeutung hat. Dies nötigt nicht dazu, auch der Erteilung der Prokura einen prozessualen Charakter zuzusprechen²⁰⁰⁾. Die mit der Prokura verbundene Prozeßvollmacht ist anders als bei der Erteilung der Prozeßvollmacht nicht eine typische, die Prokuraerteilung charakterisierende Wirkung, sondern eine bloße Nebenwirkung.

Die aufgezeigte Wirkung der Vollmachterteilung, die in der Begründung der Vertretungsmacht als einer PHvoraussetzung liegt, tritt bereits mit Vorliegen aller tatbestandlichen Voraussetzungen ein, also auch schon vor Beginn des Prozesses. Eine Bewertung durch das Gericht kann aber erst dann stattfinden, wenn die Tatsache der Vollmachterteilung als Prozeßstoff in den Prozeß eingeführt ist. Erst mit der Vollmachtanzeige erlangt die Prozeßvollmacht Bedeutung innerhalb des Verfahrens. Verglichen mit den innerprozessualen Wirkungen der unbestrittenen PHen kommt der Erteilung der

¹⁹⁶⁾ AaO. S. 39, 44/58.

¹⁹⁷⁾ *Hellwig*, ZZP 39, 370.

¹⁹⁸⁾ Vgl. u. a. *Rosenberg*, § 51 II.

¹⁹⁹⁾ *Rosenberg*, Stellvertretung, S. 564 Anm. 1, S. 608 Anm. 1; ebenso *Deinhardt*, S. 41 f.

²⁰⁰⁾ Vgl. *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 80 III 2. *Rosenberg*, Stellvertretung, S. 564 Anm. 1, und ihm folgend *Deinhardt*, S. 42 f., sind dagegen der Ansicht, daß man bei Annahme der prozessualen Natur der Vollmachterteilung konsequenterweise auch der Erteilung der Prokura PHcharakter zusprechen müsse.

Prozeßvollmacht daher nur eine mittelbare Wirkung zu²⁰¹). Die Vollmachtsanzeige ist aber nur der formelle Akt, der dazu dient, die Tatsache der Prozeßvollmacht in den Prozeß einzuführen. Maßgebend für den Eintritt prozessualer Wirkungen ist nicht *allein* die Vollmachtsanzeige, wie *Deinhardt* meint²⁰²), sondern der mit der Anzeige in den Prozeß eingeführte Tatbestand der Prozeßvollmacht.

III. Unter dem Gesichtspunkt der Abgrenzung der PHen von dem privatrechtlichen Parteiverhalten ist die Frage, welchen Regeln die Erteilung der Prozeßvollmacht hinsichtlich der Voraussetzungen unterliegt, von entscheidender Bedeutung. Daher stellt *Deinhardt* die in diesem Zusammenhang wohl praktisch wichtigste Frage der Anfechtbarkeit wegen Willensmängel in den Mittelpunkt seiner Untersuchung über die Rechtsnatur dieser Parteihandlung²⁰³). Ein Vergleich mit den unbestrittenen PHen läßt sich jedoch nur anstellen, wenn auch auf die anderen Kriterien eingegangen wird, die für die Abgrenzung der unbestrittenen PHen von den bürgerlichen Rechtsgeschäften maßgebend sind.

Als persönliche Handlungsvoraussetzung wird von den Vertretern der prozessualen Theorie im allgemeinen Prozeßfähigkeit gefordert und für ausreichend gehalten²⁰⁴). Entscheidend dafür kann nach der hier angewandten Methode aber nicht der — im übrigen erst noch zu klärende — PHcharakter der Erteilung der Prozeßvollmacht sein²⁰⁵), sondern nur Sinn und Zweck des Instituts der Prozeßvollmacht.

²⁰¹) Geht man allerdings davon aus, daß die Erteilung der Prozeßvollmacht erst mit der Anzeige an das Gericht perfekt ist (so *Hellwig*, Syst. I, S. 200, 424; Prozeßhandlung, S. 55; ZZZ 39, S. 375; *Nikisch*, § 34 II 2), so kann man von einer unmittelbaren prozessualen Wirkung sprechen, da es zur Herbeiführung der innerprozessualen Wirkungen keiner weiteren Handlung der Partei oder ihres Vertreters bedarf. Man wird jedoch der h. L. darin zustimmen müssen, daß zur Vollmachterteilung die Erklärung entweder an das Gericht oder an den Gegner oder an den zu Bevollmächtigenden genügt (vgl. hierzu *Rosenberg*, Stellvertretung, S. 566 ff., 610; *Deinhardt*, S. 48 ff.). Wollte man außerdem die Anzeige an das Gericht als wesentlichen Bestandteil der Vollmachterteilung fordern, so bedeutete dies, daß der zu Bevollmächtigende, der in der Regel die Erteilung der Prozeßvollmacht dem Gericht selbst anzeigt, an dem Vorgang der Bevollmächtigung teilnimmt (*Deinhardt*, S. 51). Ihm käme dabei die Stellung eines Boten zu.

²⁰²) AaO. S. 59.

²⁰³) AaO. S. 39, 45/58.

²⁰⁴) Vgl. u. a. *Seuffert-Walsmann*, § 80, 1; RG SA 90, 59; RGZ 110, 228 (230).

²⁰⁵) Vielfach wird die Anwendung der für die unbestrittenen PHen geltenden Grundsätze ohne weiteres aus dem behaupteten PHcharakter der Prozeßvollmachterteilung gefolgert; vgl. u. a. *Baumbach-Lauterbach*, § 80, 1C.

III. Teil. Umstrittene einseitige Parteihandlungen

Aus der Bestimmung des § 612 läßt sich nicht zwingend herleiten, daß die Erteilung der Prozeßvollmacht Prozeßfähigkeit voraussetze²⁰⁶). Es ist zwar richtig, daß der beschränkt geschäftsfähige, aber gem. § 612 prozeßfähige Ehegatte befugt sein muß, einem ihm genehmen Anwalt Prozeßvollmacht zu erteilen. Diese Befugnis ergibt sich aber bereits auf Grund einer sinngemäßen Auslegung des § 612. Der Minderjährige ist als befugt anzusehen, mit dem Anwalt einen Dienstvertrag abzuschließen und ihm Prozeßvollmacht zu erteilen. Insoweit wird das materielle Recht durch die Bestimmung des § 612 auf jeden Fall geändert²⁰⁷), gleichgültig, wie man die Rechtsnatur der Erteilung der Prozeßvollmacht beurteilt.

Andererseits nötigt die Möglichkeit, daß der Minderjährige mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters Prokura erteilen kann, nicht dazu, die Bestimmung des § 107 BGB auch auf die Erteilung der Prozeßvollmacht anzuwenden²⁰⁸). Bei der Erteilung der Prokura genießt der Minderjährige einen hinreichenden Schutz dadurch, daß die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zur Erteilung der Prokura gem. § 1822 Ziff. 11 BGB der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht bedarf. Dagegen besteht bei der Zustimmung zur Erteilung der Prozeßvollmacht ein solcher Schutz nicht. Die Last und das Risiko der Prozeßführung würden auf den Minderjährigen übertragen. Nicht nur die Bestellung, sondern auch die Unterrichtung des Anwalts würde damit in die Hände des Minderjährigen gelegt²⁰⁹). Die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters an der Durchführung des Prozesses bestände allein in der Zustimmung zur Erteilung der Prozeßvollmacht.

Stellt man auf den Zweck des Instituts der Prozeßvollmacht ab, wonach es der Partei ermöglicht werden soll, die Prozeßführung dann, wenn sie den Prozeß nicht selbst führen will oder wegen fehlender Postulationsfähigkeit selbst nicht führen kann, in die Hände eines Dritten zu legen, so ergibt sich, daß die Prozeßvollmacht nur derjenige erteilen kann, der selbst die Fähigkeit besitzt, — abgesehen von dem Erfordernis der Postulationsfähigkeit — den Prozeß wirksam zu führen. Es ist daher als persönliche Handlungsvoraussetzung Prozeßfähigkeit erforderlich und ausreichend.

Während das Grundverhältnis, welches in der Regel ein Dienstvertrag ist, einen mit der Hinzufügung von Bedingungen und Befristungen entstehenden

²⁰⁶) Darauf beruft sich *Lent*, 1. Aufl., § 79 III letzter Absatz; in der 6. Aufl., § 29 IV, fehlt dieses Argument.

²⁰⁷) S. oben S. 106; vgl. auch *Deinhardt*, S. 40.

²⁰⁸) A. A. *Rosenberg*, § 50 II 1a; ebenso *Oertmann*, Jud 1, 176.

²⁰⁹) *Oertmann*, aaO., führt dies als Argument für die von ihm vertretene, oben abgelehnte Auffassung (s. oben S. 104 ff.) an.

§ 22. Erteilung der Prozeßvollmacht

Schwebezustand verträgt, kann das gleiche nicht ohne weiteres für die Erteilung der Prozeßvollmacht angenommen werden. Daß der Eintritt einer auflösenden Bedingung allein die Prozeßvollmacht nicht mit Wirkung gegenüber den anderen Prozeßbeteiligten zum Erlöschen bringen kann, ergibt sich schon aus § 87²¹⁰⁾. Das geeignete prozessuale Mittel ist in diesem Falle der Widerruf. Auch die aufschiebende Bedingung verbietet sich zum Teil schon auf Grund der gesetzlichen Regelung: soweit die Prozeßvollmacht bezüglich der Vornahme einzelner PHen nicht eingeschränkt werden darf (§ 83), ist auch eine bedingte Bevollmächtigung bezüglich einzelner prozessualer Befugnisse unzulässig²¹¹⁾. Das Erfordernis der Klarheit der Prozeßsituation für die anderen Prozeßbeteiligten verbietet es aber auch, die Prozeßvollmacht als Ganzes oder hinsichtlich einzelner Befugnisse, soweit eine Beschränkung gem. § 83 zulässig ist, unter einer aufschiebenden Bedingung zu erteilen²¹²⁾. Das gilt sowohl für die Abhängigkeit von dem Eintritt außer- wie innerprozessualer Ereignisse. Es bedeutete eine wesentliche, für die anderen Prozeßbeteiligten unzumutbare Erschwerung der Prozeßführung, wären sie gezwungen, bei der Vornahme jeder PH nachzuprüfen, ob das betreffende Ereignis schon eingetreten ist oder ob sie wirksam nur gegenüber dem Vollmachtgeber handeln können. Demgegenüber ist es dem Vollmachtgeber zumutbar, die Prozeßvollmacht erst nach Eintritt des für ihn maßgebenden Ereignisses zu erteilen. Die Prozeßvollmacht kann auch nicht bezüglich der Vornahme solcher Parteihandlungen aufschiebend bedingt erteilt werden, die ihrerseits wie der Abschluß eines Prozeßvergleichs bedingt vorgenommen werden können²¹³⁾. Hier gelten die gleichen Überlegungen. Intern kann der Vollmachtgeber natürlich dem Prozeßbevollmächtigten gegenüber im Rahmen des Grundgeschäfts die Ausübung der Prozeßvollmacht bezüglich einzelner prozessualer Befugnisse von dem Eintritt einer aufschiebenden Bedingung abhängig machen.

Die Anfechtbarkeit der Prozeßvollmachterteilung wegen Willensmängel ist mit der h. L. zu verneinen²¹⁴⁾. Es ist *Rosenberg*²¹⁵⁾ darin zuzustimmen,

²¹⁰⁾ Vgl. *Rosenberg*, Stellvertretung, S. 606 f.

²¹¹⁾ Vgl. *Rosenberg*, aaO. S. 607

²¹²⁾ A. A. *Rosenberg*, aaO. S. 607.

²¹³⁾ Eine andere, hier nicht zu entscheidende Frage ist es, ob die Prozeßvollmacht derart eingeschränkt werden kann, daß der Prozeßbevollmächtigte nur zum Abschluß eines sachlich genau bestimmten Vergleichs befugt ist; offengelassen in BGHZ 16, 167 (169).

²¹⁴⁾ Vgl. u. a. *Baumbach-Lauterbach*, § 80, 1C; *Hellwig*, ZZP 29, 529 f.; *Rosenberg*, Stellvertretung, S. 745 ff.; *Seuffert-Walsmann*, § 80, 1; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 80 II 1; OGHZ 4, 279; KG DRZ 1947, 376 f.

²¹⁵⁾ *Rosenberg*, aaO. S. 712 ff., 745 ff.

III. Teil. Umstrittene einseitige Parteihandlungen

daß sich die Anfechtung in erster Linie gegen den Bestand der Vertreterhandlung richtet. Die Partei könnte, würde man die Anfechtung zulassen, auch noch nach Eintritt der Rechtskraft die Erteilung der Prozeßvollmacht anfechten und sich damit den Weg der Nichtigkeitsklage öffnen. Daß dies dem Zweck der Bestimmung des § 579 Ziff. 4 widerspräche, bedarf keiner weiteren Darlegung²¹⁶⁾. Auch hier gilt, was bei der Frage der bedingten Erteilung der Prozeßvollmacht ausgeführt wurde: das Erfordernis der Klarheit der Prozeßsituation verbietet eine entsprechende Anwendung der §§ 119 ff. BGB. Die Interessen des Vollmachtgebers sind hinreichend dadurch gewahrt, daß er die Prozeßvollmacht jederzeit widerrufen kann²¹⁷⁾. Gegen die Untreue des eigenen Prozeßbevollmächtigten ist er durch die Bestimmung des § 580 Ziff. 4 geschützt²¹⁸⁾.

Demgegenüber hält *Deinhardt*²¹⁹⁾ die Erteilung der Prozeßvollmacht ebenso für anfechtbar wie die Vollmachterteilung zur Vornahme von bürgerlichen Rechtsgeschäften²²⁰⁾. Obwohl er ebenfalls der Ansicht ist, daß die Zulassung der rückwirkenden Beseitigung der prozessualen Vertretungsmacht gem. § 142 Abs. 1 BGB zu unhaltbaren Ergebnissen führen würde²²¹⁾, hält er doch die Anfechtbarkeit der Prozeßvollmachterteilung bei entsprechender Anwendung der §§ 170/173 BGB²²²⁾ und des § 87 Abs. 1 — für den Anwaltsprozeß, in dem regelmäßig eine Vollmachturkunde nicht vorgelegt wird — für vereinbar mit den Grundsätzen des Prozeßrechts²²³⁾. Dabei läßt er jedoch die Anfechtungserklärung nur unter ähnlichen Voraussetzungen zu, wie sie § 87 für den einseitigen Widerruf der Vollmachterteilung bestimmt. Soweit danach die Anfechtung nur unter den gleichen Voraussetzungen und mit den gleichen prozessualen Wirkungen zugelassen wird wie der einseitige

²¹⁶⁾ Vgl. *Rosenberg*, aaO. S. 746 f.

²¹⁷⁾ *Hellwig*, ZZZ 29, 529; *Walsmann*, AcP 102, 106.

²¹⁸⁾ Vgl. *Hellwig*, ZZZ 29, 529; ZZZ 39, 370; Lb. 2, 448 Anm. 12; *Rosenberg*, aaO. S. 746 f. Allerdings muß die Handlung des Vertreters auch ursächlich für das Urteil sein. Die Drohung eines Dritten bei der Erteilung der Prozeßvollmacht stellt keinen Restitutionsgrund dar; KG DRZ 1947, 376 (mit zustimmender Anm. von *Beitzke*, aaO. S. 379).

²¹⁹⁾ AaO. S. 45 ff.

²²⁰⁾ Die Erteilung der Vollmacht zur Vornahme bürgerlicher Rechtsgeschäfte wird von der wohl h. L. für anfechtbar gehalten; vgl. *Enneccerus-Nipperdey*, § 184 II 2 a. E.; umstritten ist die Frage, ob die nach §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 1 BGB eintretende Wirkung durch Anfechtung beseitigt werden kann; vgl. *Enneccerus-Nipperdey*, § 184 II 3 b (mit Nachweisen Anm. 22); gegen die Anfechtbarkeit der Vollmachterteilung überhaupt *Rosenberg*, Stellvertretung, S. 712 ff.

²²¹⁾ AaO. S. 51.

²²²⁾ AaO. S. 54/55.

²²³⁾ AaO. S. 58.

§ 22. Erteilung der Prozeßvollmacht

Widerruf²²⁴), ist ein praktisches Bedürfnis für die Zulassung der Anfechtung neben der Möglichkeit des einseitigen Widerrufs nicht anzuerkennen. Nach den Ausführungen von *Deinhardt* kommt der Anfechtung nur dann eine weitergehende Wirkung zu als dem Widerruf, wenn der Gegner die Anfechtbarkeit kannte oder kennen mußte (§ 173 BGB in Verbindung mit § 142 Abs. 2 BGB)²²⁵). In diesem Fall müßte sich der Gegner so behandeln lassen, als sei die Prozeßvollmacht niemals erteilt worden. Damit würden aber praktisch die prozessualen Wirkungen der Vertreterhandlungen beseitigt. Mit dieser Möglichkeit würde eine unerträgliche Unsicherheit der Prozeßlage entstehen. Es wurde schon dargelegt, daß die Interessen des Vollmachtgebers gegen eine Kollusion des eigenen Anwalts mit dem Gegner hinreichend durch die Bestimmung des § 580 Ziff. 4 geschützt sind.

Zusammenfassend kann demnach festgestellt werden, daß die Anfechtbarkeit der Erteilung der Prozeßvollmacht mit den Grundsätzen des Prozeßrechts nicht vereinbar ist und im übrigen auch neben der Möglichkeit des einseitigen Widerrufs ein Bedürfnis für die Zulassung der Anfechtung nicht besteht²²⁶).

Um zu klären, ob die Bestimmung des § 138 BGB auf die Erteilung der

²²⁴) Es sind dabei folgende Fälle zu unterscheiden:

1. Ist die Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem Gegner erteilt, so findet § 170 BGB Anwendung, der § 87 entspricht. Die Anfechtung würde im Parteiprozeß erst wirksam mit der Erklärung der Anfechtung gegenüber dem Gegner und im Anwaltsprozeß mit der Anzeige der Bestellung eines anderen Anwalts (vgl. *Deinhardt*, S. 50, 55 f.). Die Anfechtung wirkt in diesem Falle genauso ex nunc wie der Widerruf.

2. Das gleiche gilt, wenn die Prozeßvollmacht durch Erklärung gegenüber dem Gericht erteilt worden ist.

3. Erfolgte die Bevollmächtigung gegenüber dem Anwalt unter Übergabe einer Vollmachtsurkunde, so kann der durch die Vorlage der Urkunde erzeugte Rechtsschein im Prozeßrecht ebenso wenig beseitigt werden wie im bürgerlichen Recht (§ 172 BGB). Die Anfechtung hätte auch in diesem Falle nur Wirkung ex nunc. *Deinhardt* muß daher auch in konsequenter Weise die Vorschrift des § 87 Abs. 1 auf den Erlöschungsgrund der Anfechtung analog anwenden (S. 55).

4. Ist schließlich die Prozeßvollmacht dem Bevollmächtigten erteilt, ohne daß dieser, wie es im Anwaltsprozeß die Regel ist, eine Vollmachtsurkunde vorlegt, so wäre eine abweichende Wirkung der Anfechtung von der des einseitigen Widerrufs denkbar, da in diesem Fall die Schutzvorschriften der §§ 170/173 BGB nicht zur Anwendung kommen (vgl. *Deinhardt*, S. 53). Um dieses unhaltbare Ergebnis zu vermeiden, wendet *Deinhardt* auch hier § 87 Abs. 1 an (S. 56 f.). Damit ist die Anfechtungserklärung in ihrer Wirkung aber wieder dem einseitigen Widerruf gleichgestellt.

²²⁵) S. 53 für die bürgerlichrechtliche Vollmachterteilung. Für die Erteilung der Prozeßvollmacht macht er keine Einschränkung.

²²⁶) Vgl. *Walsmann*, S. 106; *Seuffert-Walsmann*, § 80, 1.

III. Teil. Umstrittene einseitige Parteihandlungen

Prozeßvollmacht Anwendung findet, ist auch hier zwischen der Vollmachterteilung und dem Grundgeschäft einerseits sowie der Vollmachterteilung und der Vertreterhandlung andererseits zu unterscheiden. Aus der Sittenwidrigkeit des Grundgeschäfts kann nicht gefolgert werden, daß auch die Erteilung der Prozeßvollmacht nichtig sei. Die Prozeßvollmacht ist von dem Bestand des Grundgeschäfts völlig unabhängig²²⁷⁾. Stellt die Klageerhebung einen Mißbrauch der Rechtspflege dar, wie beispielsweise bei der Führung eines Scheinprozesses, so ist die Klage wegen dieses Verstoßes, nicht aber etwa wegen Sittenwidrigkeit und Nichtigkeit der Vollmachterteilung, als unzulässig abzuweisen. Für die Annahme einer Sittenwidrigkeit der Vollmachterteilung kommen nur Umstände in Betracht, die das Verhältnis zwischen dem Vollmachtgeber und dem Erklärungsempfänger, d. i. entweder der Prozeßbevollmächtigte selbst²²⁸⁾ oder der Prozeßgegner, betreffen²²⁹⁾. Liegen die Umstände, die einen Verstoß gegen die guten Sitten begründen, allein im Verhältnis zwischen dem Vollmachtgeber und dem Prozeßbevollmächtigten, so verbieten es die Interessen des Gegners, die Bestimmung des § 138 BGB auf die Erteilung der Prozeßvollmacht anzuwenden. Dem Vollmachtgeber wäre es sonst möglich, sich auf die Unwirksamkeit der Vertreterhandlungen zu berufen. Gegen die Nichtanwendbarkeit des § 138 BGB spricht auch die Bestimmung des § 87. Bis zum Widerruf der Prozeßvollmacht muß der Prozeßgegner darauf vertrauen können, daß die Vollmacht gültig ist. Es ist jedoch nicht allein das Erfordernis des Vertrauensschutzes für den Gegner, das es verbietet, einen Verstoß gegen die guten Sitten bei der Erteilung der Prozeßvollmacht zu beachten, sondern auch das Erfordernis der Verfahrenssicherheit läßt dies nicht zu. Das zeigt sich dann, wenn sich die Umstände, die die Erteilung der Prozeßvollmacht als einen Verstoß gegen die guten Sitten erscheinen lassen, im Verhältnis zwischen den beiden Prozeßparteien abspielen. Auch in diesem Falle bedarf es im Interesse der Sicherheit des Verfahrensablaufs eines Widerrufs der Prozeßvollmacht gem. § 87. Die Bestimmung des § 138 BGB ist nicht anwendbar²³⁰⁾.

IV. Daß sich die Erteilung der Prozeßvollmacht von dem umstrittenen

²²⁷⁾ Vgl. *Rosenberg*, § 50 II 2.

²²⁸⁾ Vgl. das Beispiel OGHZ 4, 274 (278) = NJW 1951, S. 72.

²²⁹⁾ Bei Erteilung der Prozeßvollmacht durch Erklärung gegenüber dem Gericht ist eine derartige Möglichkeit nicht denkbar.

²³⁰⁾ Zu dem gleichen Ergebnis kommt die Entscheidung des OGH (vgl. Anm. 228; zustimmend RGRKomm. Vorb. 8 a. E. vor § 104 BGB), jedoch allein unter Berufung darauf, daß die Erteilung der Prozeßvollmacht eine PH sei, für welche die für PHen entwickelten Grundsätze anzuwenden seien.

§ 22. Erteilung der Prozeßvollmacht

materiellen Rechtsverhältnis²³¹⁾ ohne weiteres abheben läßt, zeigt sich schon daran, daß die Wirksamkeit der Vollmachterteilung und damit auch die Wirksamkeit der von dem Prozeßbevollmächtigten vorgenommenen PHen völlig unabhängig von der Sachlegitimation des Vollmachtgebers ist. Der Frage der Abhebbarkeit²³²⁾ von dem materiellen Rechtsverhältnis kommt hier für die Beurteilung der Rechtsnatur allerdings nicht die gleiche Bedeutung zu wie beispielsweise bei der Zuständigkeitsvereinbarung, da die Prozeßvollmacht nicht Prozeßvoraussetzung, sondern nur Prozeßhandlungsvoraussetzung ist.

Der funktionelle Zusammenhang zwischen der Vollmachterteilung und dem Prozeß wird auch von den Vertretern der materiellrechtlichen Theorie nicht bestritten, wenn sie es auch ablehnen, diesem Gesichtspunkt für die Beurteilung der Rechtsnatur Gewicht beizulegen²³³⁾. Mit einer der repräsentativ-typischen Funktionen der unbestrittenen PHen ist die Erteilung der Prozeßvollmacht freilich nicht vergleichbar. Das erklärt sich einmal damit, daß der Vorgang der Bevollmächtigung selbst außerhalb der Prozeßentwicklung liegt, und zum anderen damit, daß sich die Vollmachterteilung in der Regel auf die Prozeßführung als Ganzes bezieht²³⁴⁾. Hierin kommt jedoch gleichzeitig zum Ausdruck, daß die Erteilung der Prozeßvollmacht funktionell ein Vorgang des Rechtnehmens ist²³⁵⁾. Für eine rein prozessuale Funktion spricht auch die sachliche „Nähe“ zum Prozeß, die sich schon daran zeigt, daß die Prozeßvollmacht nur für einen *bestimmten* Rechtsstreit erteilt werden kann²³⁶⁾. Ebenso besteht zeitlich ein naher Zusammenhang mit dem Verfahren, da die Vollmachterteilung, wenn sie nicht während eines anhängigen Verfahrens erfolgt, in der Regel dem Prozeß unmittelbar vorausgeht²³⁷⁾.

V. Trotz der nur mittelbaren innerprozessualen Wirkungen der Erteilung der Prozeßvollmacht sprechen doch die rein prozessuale Funktion und die

²³¹⁾ Eine andere Frage ist das Verhältnis von Prozeßvollmacht und Grundgeschäft (vgl. oben zu Anm. 227).

²³²⁾ S. oben S. 97 f.

²³³⁾ Vgl. *Deinhardt*, S. 39/40 gegen *Seuffert-Walsmann*. *Rosenberg*, Stellvertretung, S. 64, bezeichnet die Vollmachterteilung als „vorbereitende Handlung“.

²³⁴⁾ Eine Ausnahme ergibt sich aus § 83 Abs. 2.

²³⁵⁾ Für die Erteilung der Prozeßvollmacht gem. § 83 Abs. 2 gilt nichts anderes, da es sich bei der Vornahme einer einzelnen PH auch um einen Vorgang des Rechtnehmens handelt.

²³⁶⁾ *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 81 II.

²³⁷⁾ In diesen beiden Punkten unterscheidet sich die Vollmachterteilung auch von der Erteilung der Prokura.

III. Teil. Umstrittene einseitige Parteihandlungen

Ausgestaltung des Tatbestandes nach den für die unbestrittenen PHen entwickelten Grundsätzen für die Zugehörigkeit dieser Parteihandlung zum PHbereich unter beiden für die Begriffsbestimmung in Betracht kommenden Fragestellungen.

Demgegenüber kann den mehr konstruktiven Bedenken, die sich daraus ergeben, daß der Prozeßbevollmächtigte auch befugt sein muß, die zur Prozeßführung notwendigen materiellrechtlichen Handlungen vorzunehmen, keine entscheidende Bedeutung beigemessen werden²³⁸). Es ist zwar richtig, daß mit der Erteilung der Prozeßvollmacht auch die Vollmacht zu diesen Handlungen gegeben wird²³⁹). Dies berechtigt aber noch nicht dazu, die Erteilung der Prozeßvollmacht als einheitliche Handlung mit gleichzeitig prozessualen und materiellrechtlichen Wirkungen anzusehen. Mit der gleichen Berechtigung kann man den tatsächlichen Vorgang der Vollmachterteilung in zwei rechtlich getrennte Vollmachtserklärungen zerlegen. Der Parteiwille ist nur maßgebend für den Eintritt der Wirkungen, die bei beiden Konstruktionen die gleichen sind. In Wahrheit liegt die Problematik nicht darin, ob man einen einheitlichen oder einen getrennten Vorgang anzunehmen hat, sondern darin, in welchem Umfang der Prozeßbevollmächtigte handeln darf. Dies ist eine Frage der Auslegung des § 81. Für den allgemeinen PHbegriff können aus dieser Vorschrift, wie schon dargelegt wurde²⁴⁰), keine Folgerungen gezogen werden, auch nicht in der Frage, ob die Erteilung der Prozeßvollmacht zum PHbereich gehört. Dies muß unabhängig davon entschieden werden, ob und inwieweit der Prozeßbevollmächtigte nach § 81 auch zur Vornahme bürgerlichrechtlicher Rechtsgeschäfte befugt ist.

§ 23. Zusammenfassung

Faßt man die mit dieser Einzeluntersuchung für die umstrittenen einseitigen Parteihandlungen gewonnenen Ergebnisse zusammen, so läßt sich bezüglich der beiden für die Begriffsbestimmung in Betracht kommenden Fragestellungen feststellen:

Wie die Beispiele des einseitigen Rechtsmittelverzichts, des Zustellungsauftrags und der Erteilung der Prozeßvollmacht zeigen, besteht ein Unter-

²³⁸) A. A. *Rosenberg*, Stellvertretung, S. 144 f., 564; Lb., § 50 II 1 a. *Rosenberg* leitet daraus, daß die prozessuale Auffassung dazu nötige, eine Aufspaltung in zweierlei Vollmachten vorzunehmen, ein Argument für seine Ansicht her; ebenso *Deinhardt*, S. 43/44.

²³⁹) S. oben S. 36.

²⁴⁰) S. oben S. 34 ff.

schied zu den Rechtsgeschäften des bürgerlichen Rechts auch dort, wo die Parteihandlungen verglichen mit den innerprozessualen Wirkungen der unbestrittenen PHen zwar nur eine mittelbare prozessuale Wirkung erzeugen, aber hinsichtlich der Voraussetzungen ganz den für die unbestrittenen PHen aufgestellten Grundsätzen unterliegen. Es handelt sich dabei um Partei-handlungen, denen die prozessuale Wirkung charakteristisch ist.

Unter der Fragestellung der funktionellen Bedeutung hat sich besonders am Beispiel der Vollmachterteilung gezeigt, daß auch solche Parteihandlungen, die zwar keine der repräsentativ-typischen Funktionen der unbestrittenen PHen ausüben, denen aber die generell-typische Funktion des Rechtnehmens eigen ist, funktionell zum PHbereich gehören. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Parteihandlung unmittelbar der Verfahrensgestaltung oder nur der Vorbereitung des Verfahrens dient. Ein funktioneller Zusammenhang liegt jedoch nur dann vor, wenn sich die Parteihandlung auf einen bestimmten Prozeß bezieht und zu ihm in einer gewissen sachlichen und zeitlichen „Nähe“ steht.

An dem Beispiel des Prozeßanerkennnisses ist deutlich geworden, daß das Prozeßrecht bei den überprüften einseitigen Parteihandlungen eine Doppel-funktionalität nicht kennt.

IV. TEIL

Die Prozeßverträge

§ 24. Allgemeine Grundsätze

I. Im Gegensatz zu den einseitigen PHen stehen die sog. Prozeßverträge¹⁾. Ob diese als zweiseitige PHen dem PHbereich zuzurechnen sind, ist eine noch immer offene Frage²⁾. Dies zu klären, ist das Ziel der folgenden Untersuchung.

Dabei braucht auf die zahlreichen allgemeinen Probleme der Vereinbarungen im Zivilprozeß nicht näher eingegangen zu werden. Diese haben durch die eingehende, methodisch fundierte Untersuchung von *Schiedermair* bereits eine weitgehende Klärung gefunden³⁾. Die folgende Untersuchung steht allein unter der Frage des Zusammenhanges zwischen den Prozeßverträgen und dem PHbegriff. Um zu erkennen, ob die einzelnen umstrittenen Prozeßverträge als Grenzfälle zu dem PHbereich gehören, ist es notwendig, die einzelnen Prozeßverträge gesondert unter den beiden für die Begriffsbestimmung in Betracht kommenden Gesichtspunkten zu untersuchen⁴⁾. Den Vergleichsmaßstab geben auch hier die für die zum Begriffskern gehörenden unbestrittenen PHen entwickelten Grundsätze bezüglich der Wirkung, der Ausgestaltung des Tatbestandes und der typischen Funktionen ab. Metho-

¹⁾ Vgl. *Nikisch*, § 55; *Kohler*, Gruch 31, 276 ff., *Wach*, AcP 64, 245, und *Schiedermair*, Prozeßvereinbarungen, S. 167 f., sprechen von „prozessualischen“ bzw. „prozeßrechtlichen“ Verträgen.

²⁾ Vgl. *Nikisch*, § 55 III 2; *Schiedermair*, aaO. S. 167.

³⁾ Vereinbarungen im Zivilprozeß, Bonn 1935 (zitiert: Prozeßvereinbarungen).

⁴⁾ Auch *Schiedermair* geht von der Frage der Rechtsnatur der Prozeßverträge aus (vgl. aaO. S. 7, 19/20, 22 ff.), verfolgt damit aber im Vergleich zu der hier aufgeworfenen speziellen Frage das weitere Ziel, allgemeine Lehren und Grundsätze herauszuarbeiten und Wesen, Abgrenzung sowie rechtliche Ausgestaltung der prozeßrechtlichen Verträge systematisch darzustellen (vgl. aaO. S. 20 f.). Dabei geht er auf die einzelnen Prozeßverträge nur insoweit ein, als es zur Gewinnung gemeinsamer Grundsätze notwendig ist (s. aaO. S. 20/21). Zu diesem Zweck faßt er auch mehrere Prozeßverträge wie den vorgängigen Rechtsmittelverzicht, den Klagerrücknahmevertrag und die Beweisverträge — methodisch mit Recht — zusammen (s. aaO. S. 68 ff.). Im folgenden dagegen sind die einzelnen Verträge — bis auf diejenigen, mit denen eine Verpflichtung zur Vornahme oder Unterlassung einer PH übernommen wird —, gesondert mit den unbestrittenen PHen zu vergleichen.

Schiedermair ordnet die prozeßrechtlichen Verträge unter Zugrundelegung eines weiten PHbegriffs, wie ihn *Goldschmidt* vertritt, zwar dem PHbereich zu (vgl. aaO. S. 167), geht aber auf den systematischen Zusammenhang von Prozeßverträgen und PHen nicht näher ein, weil dies eine grundsätzliche Stellungnahme zum PHbegriff erfordert hätte (vgl. aaO. S. 166 ff.).

disch ist genauso vorzugehen wie bei den umstrittenen einseitigen Partei-handlungen. Im Ausgangspunkt entspricht dies der Untersuchungsmethode von *Schiedermair*, der zur Bestimmung der Rechtsnatur der Vereinbarungen im Zivilprozeß von der Wirkung ausgeht⁵⁾. Um die Frage der Ausgestaltung des Tatbestandes der einzelnen Verträge zu klären, gehe ich dagegen methodisch anders vor als *Schiedermair*⁶⁾. Nach der hier vertretenen Grundauffassung, daß zwischen Prozeßrecht und Privatrecht nicht zu streng getrennt werden darf und daher die Möglichkeit besteht, daß das Prozeßrecht in der Frage der Voraussetzungen auf das Privatrecht zurückgreift, halte ich es für notwendig, bei jedem einzelnen Vertrag zu prüfen, ob die privatrechtlichen oder die prozeßrechtlichen Grundsätze seiner Aufgabe am besten gerecht werden. Nur so kann geklärt werden, ob *alle* PHen nach Voraussetzungen und Wirkungen dem Prozeßrecht unterliegen. Dabei ist auch auf die Frage der Abhebbarkeit der Prozeßverträge von dem streitigen materiellrechtlichen Anspruch einzugehen.

Ebenso wie bei den einseitigen Partei-handlungen ist in der folgenden Untersuchung von denjenigen Verträgen auszugehen, die den zum Begriffskern gehörenden PHen sachlich am nächsten stehen. Von dort aus ist immer weiter zu den Grenzfällen fortzuschreiten, die für den Begriffshof in Betracht kommen. Dabei können aus der großen Zahl der denkbaren Vereinbarungen im Zivilprozeß⁷⁾ nur die praktisch wichtigsten Fälle herausgestellt werden⁸⁾.

II. Bei den einzelnen Verträgen wird, soweit es zweifelhaft ist, zu prüfen

⁵⁾ Vgl. aaO. S. 33 ff., 39, 41; ebenso stellt *Nikisch*, § 55 I 2, auf die Wirkung ab. Daß demgegenüber die Ausgestaltung des Vertragstatbestandes für die Bestimmung der Rechtsnatur als Ausgangspunkt nicht geeignet ist, hat *Schiedermair*, aaO. S. 32 f., überzeugend nachgewiesen. Die rein äußere Trennung nach Art und Weise des Zustandekommens führt zu einer verschiedenen rechtlichen Bewertung des gleichen Vertrags, je nachdem, ob er *im* Prozeß, *vor* ihm oder *außerhalb* seines Rahmens geschlossen wird (dagegen *Schiedermair*, aaO. S. 15, 37, mit Nachweisen S. 15 Anm. 17 und S. 37 Anm. 30); für eine derartige Unterscheidung ferner *Walsmann*, AcP 102, 207 (für den Prorogationsvertrag); *Hoffmann*, S. 41 (für die Beweisverträge); *Jürgens*, S. 51 (für den Schiedsvertrag); dagegen ferner: *Rosenberg*, Stellvertretung, S. 60; *Nikisch*, § 55 I 3; *Benkendorff*, S. 30; *Deinhardt*, S. 66 f.; *Dickhoff*, S. 28; *Gradhandt*, S. 20 f.; *Knecht*, S. 20, 64.

⁶⁾ AaO. S. 136 ff.

⁷⁾ Vgl. die Übersicht bei *Schiedermair*, aaO. S. 3 ff.

⁸⁾ Hierbei muß von den Verträgen der Unklagbarkeit (vgl. *Schiedermair*, aaO. S. 90, mit Nachweisen Anm. 109) und der Rechtskrafterstreckung (vgl. *Schiedermair*, aaO. S. 76 Anm. 75, S. 110 ff.; *Jauernig*, ZZP 64, 285 ff.) abgesehen werden, da diese eine weitgehende Auseinandersetzung mit grundsätzlichen Fragen des Prozeßrechts erfordern, die außerhalb des Rahmens der vorliegenden Untersuchung liegen.

sein, ob es sich um einen echten Vertrag, also um einen gegenseitigen *Austausch* von Erklärungen, oder um eine übereinstimmende Erklärung beider Parteien gegenüber dem Gericht, einen sog. Gesamtakt handelt. Nur im ersten Falle liegt ein zweiseitiges Rechtsverhältnis vor. Die Gesamttakte fallen nicht unter den Begriff des Prozeßvertrags⁹⁾.

III. Um bei der folgenden Einzeluntersuchung Wiederholungen zu vermeiden, sei auf einige allgemeine Gesichtspunkte hingewiesen, die die Wirkung, die Frage der Zulässigkeit und die Ausgestaltung des Tatbestandes betreffen¹⁰⁾. Dabei kann in weitem Umfange auf die Abhandlung von *Kohler*¹¹⁾ sowie auf die neueren Untersuchungen von *Niese*¹²⁾, *Nikisch*¹³⁾ und *Schiedermair*¹⁴⁾ Bezug genommen werden.

Um ein klares Bild zu gewinnen, welche Wirkungen für den einzelnen Vertrag in Betracht kommen, ist auf diejenigen Wirkungen abzustellen, die von den Parteien vermutlich gewollte sind, weil sie ihren Interessen am besten gerecht werden¹⁵⁾. Maßgebend sind die gewollten Rechtsfolgen¹⁶⁾. Soweit das Prozeßrecht sie zuläßt, treten sie ein, weil die Rechtsordnung sie an die Willenserklärungen der Parteien anknüpft¹⁷⁾.

Bei allen Prozeßverträgen kommen positive oder negative Wirkungen, d. h. die *Begründung* oder die *Aufhebung* prozessualer Rechtslagen, oder beide Wirkungen zusammen in Betracht¹⁸⁾.

Nimmt man die unmittelbaren verfahrensgestaltenden Wirkungen, wie sie den unbestrittenen PHen zukommen, zum Vergleichsmaßstab, so sind bei den einzelnen Prozeßverträgen folgende Wirkungen denkbar:

⁹⁾ Vgl. *Schiedermair*, S. 10 f. Anm. 9, S. 24, 27 ff. (mit Nachweisen Anm. 10). Zutreffend sehen *Rosenberg*, Stellvertretung, S. 104, und *Schiedermair*, aaO. S. 28, das Kriterium für die Abgrenzung des Gesamtakts von dem Prozeßvertrag darin, daß die mehreren Erklärungen (Gesamtakt) darauf gerichtet sind, die Befugnisse des Gerichts zu erweitern bzw. zu beschränken, während sich die Parteien mit einem Vertrag gegenseitig Rechte gewähren wollen. Über die Abgrenzung vgl. ferner *Bülow*, Geständnisrecht, S. 216 Anm. 1; *Niese*, Dissertation, S. 49; *Nikisch*, § 55 I 1.

¹⁰⁾ Zu den verschiedenen Ansichten über die Rechtsnatur der Prozeßverträge vgl. *Schiedermair*, aaO. S. 9 ff. Eine allgemeine Auseinandersetzung mit den verschiedenen Theorien erübrigt sich hier; auf sie wird bei den einzelnen Prozeßverträgen einzugehen sein.

¹¹⁾ Gruch 31, 276 ff., 481 ff.

¹²⁾ Dissertation, s. 48/81.

¹³⁾ Lb. § 55.

¹⁴⁾ AaO.

¹⁵⁾ Vgl. *Schiedermair*, aaO. S. 115, 177.

¹⁶⁾ Vgl. *Schiedermair*, aaO. S. 33 ff.

¹⁷⁾ Vgl. *Niese*, Dissertation, S. 31 f.

¹⁸⁾ Vgl. *Schiedermair*, aaO. S. 97 ff.

1. die gleiche unmittelbare verfahrensgestaltende Wirkung, wie sie den unbestrittenen PHen zukommt;
2. eine mittelbare verfahrensgestaltende Wirkung durch Schaffung eines prozessualen Tatbestandes, der zwar erst bei Einführung in den Prozeß vom Gericht berücksichtigt wird, der die innerprozessuale Wirkung aber kraft seines prozessualen Gehaltes hervorruft;
3. eine entfernt mittelbare verfahrensgestaltende Wirkung, die unmittelbar entweder als Folge einer Einrede, mit der der Vertrag „geltend gemacht“ wird¹⁹⁾, oder auf Grund des vertragswidrigen prozessualen Verhaltens einer Partei eintritt;
4. eine rein privatrechtliche Wirkung;
5. sowohl materiellrechtliche als auch prozessuale Wirkungen²⁰⁾.

IV. Vielfach werden alle vom Gesetz nicht ausdrücklich zugelassenen Prozeßverträge unter Hinweis auf das Verbot des *Konventionalprozesses* für unzulässig erklärt²¹⁾. Mit diesem Schlagwort ist wenig anzufangen²²⁾. Es ist vielmehr im einzelnen zu klären, inwieweit die in Betracht kommenden prozessualen Wirkungen vom Prozeßrecht zugelassen werden²³⁾. Hierbei wird zwischen den Parteiinteressen und den Interessen der Rechtspflegeorgane an der Erfüllung der ihnen übertragenen Rechtsschutzaufgaben abzuwägen sein.

Soweit in Frage steht, ob die Parteien eine von der Regelform abweichende Verfahrensgestaltung vereinbaren können, ergibt sich die Zulässigkeit aus

¹⁹⁾ Vgl. Niese, Dissertation, S. 50, für die — von ihm so benannten — „Verträge als Grundlage von Prozeßhandlungen“.

²⁰⁾ Vgl. Oertmann, ZZZ 45, 403 ff. Es ist für die vorliegende Untersuchung methodisch nicht angebracht, die Möglichkeit der Doppelnatur mit der h. L. auf den Prozeßvergleich zu beschränken und für die übrigen Verträge von vornherein auszuschließen (so Bohn, S. 8/9 für seine Untersuchung über die vollstreckungsausschließenden Verträge), denn es ist mit ein Ziel dieser Untersuchung, festzustellen, ob es überhaupt doppel funktionelle PHen gibt.

²¹⁾ Für eine Beschränkung auf die gesetzlich zugelassenen Prozeßverträge, zum Teil unter Berufung auf das Verbot des Konventionalprozesses: u. a. Bülow, AcP 64, 69; Bunsen, ZZZ 35, 407; Dittrich, S. 7; Ehrenzweig, Grünh 18, 237, 240; Hegler, Beiträge, S. 130, vgl. auch AcP 139, 119 ff.; Hellwig, Syst. I, S. 450; Prozeßhandlung, S. 88; Hoffmann, S. 10 f., 72 f.; Kleinfeller, ZZZ 53, 9; Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, S. 30; Pollak, Gerichtliches Geständnis im Civilprozeß, Berlin 1893, S. 48; Reichel, JbFD 59, 450; Wach, AcP 64, 225, vgl. auch Handbuch I S. 188; Wieczorek, A III c vor § 1 ZPO; § 38 B IV.

²²⁾ Vgl. u. a. Goldschmidt, Lb., § 10, 5a; Schiedermaier, aaO. S. 55; Bohn, Konk-TreuH 1955, 136; Knecht, S. 82; Schmeling, Die Rechtsnatur der Beweislastfrage, Dissertation Erlangen 1952 (Maschinenschrift), S. 131; Rümelin, AcP 97, 326 Anm. 190, spricht von einem „Schreckgespenst“ des Konventionalprozesses.

²³⁾ Über die Wechselbeziehung von Wirkung und Zulässigkeit vgl. Schiedermaier, aaO. S. 45.

IV. Teil. Prozeßverträge

den Kriterien, die für die Abgrenzung von zwingender und dispositiver Norm²⁴⁾ maßgebend sind. Eine andere, hiermit nur teilweise zusammenhängende²⁵⁾ Frage ist es, ob und inwieweit die Parteien über die ihnen vom Gesetz freigestellten prozessualen Befugnisse im voraus verfügen oder sich zu ihrer Ausübung bzw. Nichtausübung verpflichten können. Hierbei handelt es sich nicht um eigentlich dispositive, sondern um „freistellende“²⁶⁾ Normen. Ob eine Prozeßvereinbarung, die eine freigestellte prozessuale Befugnis zum Gegenstand hat, zulässig ist, läßt sich nicht allein, wie noch zu zeigen sein wird, nach den Grundsätzen entscheiden, die für die Abgrenzung der zwingenden von den dispositiven Normen maßgebend sind.

Die Abgrenzung von dispositivem und absolutem Zivilprozeßrecht ergibt sich aus einer Abwägung der Parteiinteressen von denjenigen der Rechtspflegeorgane an der Erfüllung ihrer Rechtsschutzaufgabe²⁷⁾. Danach sind beispielsweise Vereinbarungen, die die Zulässigkeit des Rechtswegs²⁸⁾, die funktionelle Zuständigkeit²⁹⁾, die Geschäftsverteilung³⁰⁾ oder die Zulassung des Zeugenbeweises im Urkundenprozeß³¹⁾ betreffen, dem Gericht eine bestimmte Beweiswürdigung vorschreiben³²⁾ oder an die Stelle des vorgeschriebenen

²⁴⁾ *Schiedermair*, aaO. S. 48 ff., in Anlehnung an *Bülow*, AcP 64, 1 ff.

²⁵⁾ Ein Zusammenhang besteht insofern, als auch bei dem vorgängigen Ausschluß freigestellter prozessualer Befugnisse eine von der gesetzlichen Regelung abweichende Verfahrensgestaltung vereinbart wird.

²⁶⁾ Vgl. *Niese*, Dissertation, S. 66 ff., der — im Gegensatz zu *Bülow* — zwischen dispositiven und freistellenden Normen unterscheidet. Die freistellenden Normen können sowohl zwingenden als auch dispositiven Charakter haben. So ist es beispielsweise den Parteien in gleicher Weise freigestellt, einen Prorogationsvertrag zu schließen wie eine Klage zu erheben, obwohl die Norm des § 38 eine dispositive und diejenige des § 253 im wesentlichen eine zwingende ist.

²⁷⁾ Dies entspricht dem Zusammenhang des „Rechtnehmens“ und „Rechtgebens“ besser als der Gegensatz von Parteiinteressen und „öffentlichen“ Interessen, auf den *Schiedermair*, aaO. S. 58 ff., abstellt. Der Begriff des „öffentlichen Interesses“ ist in diesem Zusammenhang zu unbestimmt. Im übrigen aber ist den Ausführungen von *Schiedermair* über den Unterschied von dispositiven und zwingenden Prozeßrechtsnormen zuzustimmen; vgl. aaO. S. 47 ff.

²⁸⁾ Vgl. u. a. *Nikisch*, § 55 II 3; *Schiedermair*, aaO. S. 65 ff. Die Vereinbarung des ersatzlosen Ausschlusses des Rechtswegs und die Übertragung der Entscheidungsgewalt auf eine Verwaltungsbehörde unter Ausschluß des Rechtswegs hält *Lent*, NJW 1949, 511 f. (Anm.), entgegen OLG Frankfurt mit Recht für unzulässig. Auch der BGH äußert Bedenken gegen die Entscheidung des OLG Frankfurt (vgl. BGHZ 9, 138 (144)), ohne zur Frage des vertraglichen Ausschlusses des Rechtswegs endgültig Stellung zu nehmen.

²⁹⁾ *Kohler*, Gruch 31, 282. Möglich ist natürlich eine praktische Verschiebung des Instanzenzuges bei einer Vereinbarung über die sachliche Zuständigkeit; vgl. *Schiedermair*, aaO. S. 78.

³⁰⁾ Unzulässig ist die Vereinbarung einer bestimmten Kammer, vgl. BGHZ 6, 181.

³¹⁾ *Niese*, Dissertation, S. 73.

³²⁾ Vgl. u. a. *Rosenberg*, § 59, 2a; *Niese*, Dissertation, S. 75.

Urteilsverfahrens ein vereinfachtes Beschlußverfahren setzen³³⁾, prozessual unzulässig. Ferner können die Parteien nicht die Vorschrift des § 318 abdingen³⁴⁾. Auch die Bestellung des Gerichts zum Schiedsgutachter ist unzulässig³⁵⁾. Ferner können die Parteien mit einem Vertrag nicht die gleichen prozessualen Wirkungen erzielen, die von der Prozeßordnung an die Vornahme einer einseitigen PH in bestimmter Form geknüpft sind³⁶⁾. Der Vertrag kann die einseitige PH nicht ersetzen³⁷⁾.

Die Interessen der Rechtspflegeorgane werden allerdings nicht nur insoweit berührt, als eine abweichende Verfahrensgestaltung in Frage steht. Es widerspräche auch der Rechtsschutzaufgabe des Gerichts, wenn es einer zu weitgehenden vertraglichen Einschränkung der prozessualen Befugnisse, deren Ausübung an sich freigestellt ist, Beachtung schenkte³⁸⁾. Da der Rechtsschutzapparat dazu dient, den rechtsuchenden Parteien möglichst ein der wahren Sachlage entsprechendes, gerechtes Urteil zu geben, liegt es nicht nur im Interesse der Parteien, sondern letzten Endes auch im Interesse der Rechtspflege, daß sich die Parteien nicht selbst im voraus wichtiger prozessualer Befugnisse berauben können, die ihnen die Rechtsordnung gewährt. Vom Standpunkt der Dispositionsmaxime ist an sich gegen einen vorherigen vertraglichen Ausschluß prozessualer Befugnisse nichts einzuwenden, da die befugte Partei das gleiche Ergebnis durch die tatsächliche Nichtausübung der betreffenden Befugnis herbeiführen könnte. Die Dispositionsmaxime hat jedoch da eine Grenze, wo das Funktionieren des Rechtsschutzapparates, dem allein die Maxime dient, in Frage gestellt ist. Das „Rechtgeben“ würde dem Gericht erschwert oder sogar unmöglich gemacht, wenn die Parteien ihr prozessuales Verhalten, das dem „Rechtnehmen“ dient, in unbegrenztem Maße im voraus vertraglich genau festlegen könnten. Die Parteien bedürfen daher in ihrem eigenen und — unter dem aufgezeigten Gesichtspunkt — auch im Interesse der Rechtspflege³⁹⁾ des Schutzes gegen ein

³³⁾ BayOLG ZZZ 64, 305 (309/11).

³⁴⁾ KG ZZZ 55, 290.

³⁵⁾ RGZ 169, 237; OLG Bamberg NJW 1950, 917; BayOLG DRsp II (272) 1001 (1950); OLG Karlsruhe MDR 1955, S. 47.

³⁶⁾ Schiedermaier, aaO. S. 74 ff.; vgl. auch Niese, Dissertation, S. 53 unter 1.).

³⁷⁾ Beispielsweise kann der Klagerücknahmevertrag nicht die Klagezurücknahme selbst ersetzen; vgl. dazu unten S. 263 Anm. 489.

³⁸⁾ Demgegenüber hält Niese, Dissertation, S. 93, alle freistellenden Normen für gleichwertig. Da er den gesetzlich nicht ausdrücklich zugelassenen Prozeßverträgen nur bürgerlichrechtliche Wirkungen beimißt, bedarf es einer solchen Differenzierung, wie sie im Text im folgenden vorgenommen wird, auch nicht.

³⁹⁾ Bohn, S. 57, nimmt dagegen ausschließlich ein öffentliches Interesse an, wobei er verkennt, daß bei dem Vorgang des Rechtnehmens und Rechtgebens private und öffentliche Interessen ineinander aufgehen.

voreiliges Handeln. Hierfür stehen verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung:

Die Parteien können über erst künftige prozessuale Befugnisse nur verfügen oder sich zu ihrer Ausübung bzw. Nichtausübung verpflichten, wenn diese genügend bestimmt oder bestimmbar sind⁴⁰⁾. Beispielsweise ist es nicht zulässig, daß eine Partei für alle künftigen Prozesse auf die Einlegung von Rechtsmitteln verzichtet.

Zum Teil hängt hiermit die weitere Forderung zusammen, daß die Parteien nur dann über ihre prozessualen Befugnisse sollen verfügen können, wenn sie die Tragweite der Verfügung übersehen können. Es wäre jedoch, wie *Schiedermair* zutreffend bemerkt, „eine Überspitzung eines im allgemeinen Interesse liegenden Schutzes privater Interessen“⁴¹⁾, wollte man eine vorgängige Verfügung über prozessuale Befugnisse grundsätzlich nur dann zulassen, wenn die ganze Tragweite der Verfügung übersehbar ist. Dies hätte zwangsläufig zur Folge, daß eine Verfügung über die prozessuale Befugnis vor Eintritt der prozessualen Situation, auf die sich die Befugnis bezieht, in keinem Falle zulässig wäre, da erst dann die Auswirkungen der Verfügung ganz übersehen werden können. Auf diesem Gedanken beruht auch die Auffassung derjenigen, die prozeßrechtliche Verträge außer den gesetzlich geregelten grundsätzlich nicht zulassen wollen⁴²⁾.

Andererseits genügt aber das Erfordernis der Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit nicht, mag hierin auch der Gedanke der Übersehbarkeit zum Ausdruck kommen⁴³⁾. Maßgebend ist der Sinn und Zweck einer vom Gesetz gewährten prozessualen Befugnis. Erfordert dieser, daß über die Befugnis erst dann verfügt werden kann, wenn die die Befugnis auslösende prozessuale Situation eingetreten ist, so ist eine vorherige Verfügung nicht zuzulassen. Das wird deutlich am Beispiel des § 295 Abs. 1. Auch dann, wenn sich die Parteien einigen, einen ganz bestimmten, nicht unter die Vorschrift des § 295 Abs. 2 fallenden Verfahrensmangel nicht zu rügen, ist ein solcher Vertrag

⁴⁰⁾ Vgl. *Schiedermair*, aaO. S. 73 f.

⁴¹⁾ AaO. S. 72.

⁴²⁾ Vgl. u. a. *Hellwig*, Prozeßhandlung, S. 88.

⁴³⁾ Dieses Erfordernis läßt dagegen *Schiedermair*, aaO. S. 72 ff., genügen. *Bohn*, S. 57, stellt für die Zulässigkeit der Prozeßverträge zwei allgemeine Erfordernisse auf:

„a) Die von den Parteien mit dem Vertragsabschluß angestrebten Rechtswirkungen müssen mit den Normen und Maximen des Prozeßrechts vereinbar sein.

b) Das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis muß bereits so weit konkretisiert sein, daß der Verfügende die ganze Tragweite seiner Verfügung übersehen kann.“

trotz der Konkretisierbarkeit der Rügebefugnis für das Gericht nicht beachtlich, da, wie noch zu zeigen sein wird⁴⁴⁾, nach Sinn und Zweck dieser Norm eine Verfügung über die Rügebefugnis erst *nach* Eintritt der prozessualen Situation, die zur Rüge berechtigt, zugelassen werden kann. Dem Erfordernis der „Übersehbarkeit“ kommt daher neben der Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit eine selbständige Bedeutung zu. Es entspricht dem von *Nikisch*⁴⁵⁾ aufgestellten Erfordernis der „Wahrung der Entschlußfreiheit“. Der befugten Partei soll in den Fällen, in denen Sinn und Zweck der Norm dies gebieten, die Freiheit bleiben, sich zu einer Verfügung über die prozessuale Befugnis erst dann zu entschließen, wenn die prozessualen Folgen der Verfügung übersehbar sind.

V. Für die Frage, ob die einzelnen Prozeßverträge hinsichtlich der Voraussetzungen den Regeln des bürgerlichen Rechts oder den für die unbestrittenen PHen geltenden Regeln unterliegen, können zu Beginn der Untersuchung keine allgemeinen Grundsätze aufgestellt werden. Es wurde schon dargelegt, daß diese Frage nur an Hand des abstrakten Zwecks des einzelnen Prozeßvertrags geklärt werden kann.

Steht ausnahmsweise ein öffentlichrechtlicher Anspruch zur Entscheidung, so ist es denkbar, daß die für das öffentliche Recht geltenden Grundsätze auch die Ausgestaltung des Tatbestandes eines diesen Rechtsstreit betreffenden Prozeßvertrages beeinflussen⁴⁶⁾. Dieser Ausnahmefall kann hier jedoch außer Betracht bleiben. Es ist von dem Regelfall auszugehen, daß das strei-

⁴⁴⁾ S. unten S. 270 f.

⁴⁵⁾ Lb. § 55 II 2; vgl. auch *Benkendorff*, S. 52. *Bohn* wendet hiergegen ein, daß mit der Aufstellung dieses Erfordernisses die Statthaftigkeit prozessualer Verträge überhaupt in Frage gestellt werde, da es Wesensmerkmal eines jeden Vertrages sei, daß mit seinem Abschluß die Entschlußfreiheit der Parteien beschränkt werde (vgl. S. 56). Dabei verkennt er, daß nicht die allgemeine „Einschränkung der Willensfreiheit der Parteien“, wie sie jedem Vertrag eigentümlich ist, in Frage steht, sondern die Einschränkung der Entschlußfreiheit entgegen einer speziellen prozessualen Norm, die ihrem Sinn und Zweck nach die Erhaltung der Entschlußfreiheit bis zum Eintritt der betreffenden prozessualen Situation gebietet. Auch der weitere Einwand, daß das Erfordernis der Wahrung der Entschlußfreiheit „bereits durch das allgemein anerkannte Erfordernis der Vereinbarkeit der angestrebten Rechtswirkungen mit dem in den Prozeßnormen enthaltenen öffentlichen Interesse gedeckt“ werde (vgl. S. 56), vermag nicht zu überzeugen. Es ist zwar richtig, daß ein Verstoß gegen Sinn und Zweck einer Prozeßnorm gleichzeitig dem öffentlichen Interesse entgegenläuft (S. 57). Dies verkennt auch *Nikisch* nicht, denn er stellt auf das „Funktionieren der Prozeßordnung“ ab (§ 55 II 2). Dem Gesichtspunkt der „Wahrung der Entschlußfreiheit“ bzw. der „Übersehbarkeit“ kommt aber innerhalb der Gruppe der zwingenden Normen, wie oben im Text dargelegt wurde, eine selbständige Bedeutung zu.

⁴⁶⁾ Vgl. *Rosenberg*, § 59, 2a.

tige materielle Rechtsverhältnis dem bürgerlichen Recht unterliegt. Soweit dann die Einzeluntersuchung ergibt, daß das Prozeßrecht auf die Grundsätze des bürgerlichen Rechts zurückgreift, können in dem angeführten Ausnahmefall auch die eventuell abweichenden Normen des öffentlichen Rechts zur Anwendung kommen.

§ 25. Der Prozeßvergleich

I. Die Frage, ob es sich bei dem Prozeßvergleich um einen privatrechtlichen Vergleich mit privatrechtlichen und prozessualen Folgen⁴⁷⁾ oder um einen Vertrag mit Doppelnatur⁴⁸⁾ oder um einen rein prozessualen Vorgang⁴⁹⁾ handelt, ist seit Jahrzehnten hoffnungslos umstritten. Auch in den mit

⁴⁷⁾ Vgl. u. a. *Walsmann*, AcP 102, 170 ff., 180 f. (mit Nachweisen Anm. 173); *Rosenberg*, § 128 III 1; *Baur*, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1. Buch, Tübingen 1955, § 21 III 1; RGZ 153, S. 67; KG JZ 1951, 453 (mit Anm. von *Rosenberg*). *Lehmann* nimmt in seiner Arbeit über den Prozeßvergleich (1911) ein einheitliches materielles Rechtsgeschäft mit prozessualen und materiellrechtlichen Wirkungen an und wendet sich gegen die Spaltung des Prozeßvergleichs in einen prozessualen und einen materiellrechtlichen Teil. Ebenso neuerdings auch *Esser*, Festschrift für Heinrich Lehmann, 1956, S. 713 ff. (im folgenden abgekürzt: Festschrift). Diese Abhandlung erschien, als das Manuskript bereits abgeschlossen war. Die Begründung, mit der ich der prozessualen Theorie folge, ist im wesentlichen unverändert geblieben. Ich habe nur zu den neuen Einwänden von *Esser* gegen die im folgenden vertretene Auffassung ergänzend Stellung genommen. Eine eingehende Auseinandersetzung mit dieser Abhandlung bezüglich der zahlreichen Einzelfragen ist im Rahmen dieser Untersuchung nicht möglich.

⁴⁸⁾ So wohl die h. L. und Rechtsprechung; vgl. u. a. *Bernhardt*, § 37 II; *de Boor*, § 27 II; *R. Bruns*, § 29 III; *Goldschmidt*, S. 473 ff. zu Anm. 2514; *Jessen*, JR 1956, 8 ff., der aber eine klare Trennung zwischen der prozessualen und der materiellrechtlichen Seite des Prozeßvergleichs fordert; *Lent*, § 48 II; *Neuner*, S. 146 ff.; *Niese*, Prozeßhandlungen, S. 86; *Nikisch*, §§ 55 I 2, 70 I 1; *Schiedermair*, Prozeßvereinbarungen, S. 40, 186 ff.; RdA 1949, 40; *Schönke-Schröder-Niese*, § 53 II; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 794 II (mit weiteren Nachweisen); RGZ 154, 320; BGHZ 16, 388 (390) = NJW 1955, S. 705; BARbG NJW 1956, 1215 f. = AP Nr. 2 zu § 794 ZPO (mit Anm. von *Pohle*); OLG Celle NdsRpfl 1956, 14.

⁴⁹⁾ Vgl. u. a. *Baumbach-Lauterbach*, Anh. nach § 307 Bem. 2 A, 6 A; *Grabner*, Gruch 61, 80 ff.; *Grosse*, Die Erledigung des Rechtsstreits ohne Urteil, Dissertation Berlin 1907, S. 93 ff.; *Förster-Kann*, Bem. 4 a vor § 128 (mit weiteren Nachweisen); *Helwig*, Lb. 2, 388; Prozeßhandlung, S. 80 ff.; *Liermann*, S. 38; *Pohle*, Revista de Derecho Privado 1954, 1 ff., AP 1954, 555, AP Nr. 2 zu § 794 ZPO (Anm.); *Sauer*, Prozeßrechtslehre, § 9 II 2; *Schubel*, Der Prozeßvergleich als Prozeßhandlung; *Schwarzer*, Beiträge zur Lehre vom Prozeßvergleich; *Simon*, S. 47; LArbG Mannheim DB 1951, 116 (Leitsatz); *Böttcher* betont für die Frage der Fortsetzung des Verfahrens die Selbständigkeit der prozessualen Seite des Prozeßvergleichs (AP 1950, 172 ff. (Anm.)), schließt sich aber andererseits in der Frage des Anwaltszwangs der von *Rosenberg* vertretenen Auffassung an (MDR 1950, 294 (Anm.)).

der Rechtsnatur des Prozeßvergleichs zusammenhängenden Einzelfragen des Anwaltszwangs⁶⁰⁾, der Fortsetzung des Verfahrens⁶¹⁾, der Anfechtung wegen Willensmängel⁶²⁾ und des Widerrufs⁶³⁾ konnte bisher eine Einigkeit nicht erzielt werden.

Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung kann diese umfassende Materie auch nicht annähernd erschöpfend behandelt werden. Zu den Einzelproblemen braucht auch nur insoweit Stellung genommen zu werden, als es zur Klärung der Zugehörigkeit des Prozeßvergleichs zum PHbereich erforderlich ist.

II. Gegen die privatrechtliche Theorie, wie sie am ausgeprägtesten von *Walsmann*⁶⁴⁾ vertreten wird, spricht die prozeßbeendigende Wirkung des Prozeßvergleichs⁶⁵⁾. Hiervon ausgehend hat *Pohle* in einer eingehenden Untersuchung⁶⁶⁾ die Notwendigkeit einer klaren Trennung zwischen der prozessualen und der materiellrechtlichen Seite des Prozeßvergleichs dargelegt.

Die Herbeiführung der Prozeßbeendigung ist im Gegensatz zur Vollstreckbarkeitswirkung⁶⁷⁾ für den Prozeßvergleich charakteristisch. Tritt eine Prozeßbeendigung nicht ein, so kann von einem Prozeßvergleich nicht gesprochen werden⁶⁸⁾. Die Beendigung erstreckt sich sowohl auf die Hauptsache als auch auf die Kostenfrage. Dadurch unterscheidet sich der Prozeßvergleich von der Erledigungserklärung⁶⁹⁾. Die Prozeßbeendigung ist nicht nur *Wirkung* des Prozeßvergleichs, wie vielfach als Argument gegen die prozessuale Theorie angeführt wird⁶⁰⁾, sondern gehört — ebenso wie beim materiellrechtlichen Vergleich die Streitbeendigung⁶¹⁾ — zu seinem *Inhalt*⁶²⁾. Der

⁶⁰⁾ Vgl. dazu neuerdings *Böttcher* (MDR 1950, 294 (Anm.)).

⁶¹⁾ Vgl. *Böttcher*, AP 1950, 172 ff. (Anm.); BGH NJW 1955, 705 = BGHZ 16, 388 (ohne grundsätzliche Stellungnahme).

⁶²⁾ Vgl. KG JZ 1951, 453 (mit zustimmender Anm. von *Rosenberg*).

⁶³⁾ Vgl. BGH JR 1955, 179 (180).

⁶⁴⁾ S. oben Anm. 47.

⁶⁵⁾ Diese wurde früher vielfach verneint; vgl. u. a. *Schwalbach*, AcP 64, 278, der eine prozeßbeendigende Wirkung nur dann annimmt, wenn der Prozeßvergleich eine Klagezurücknahme enthält; heute wird die prozeßbeendigende Wirkung, soweit zu übersehen ist, nicht mehr bestritten; vgl. RGZ 154, S. 320; BGHZ 16, 388; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 794 II 3a.

⁶⁶⁾ *Revista de Derecho Privado*, 1954, 1 ff.

⁶⁷⁾ Vgl. *Paul*, Vergleich, S. 45; *Pohle*, *Revista de Derecho Privado*, 1954, S. 5/6.

⁶⁸⁾ *Lent*, NJW 1950, 30 (Anm.),

⁶⁹⁾ Vgl. *Pohle*, aaO. S. 18 f.

⁶⁰⁾ Vgl. *Rosenberg*, § 128 III 3; JZ 1951, 454; *Stein*, ZZZ 41, 429 f.

⁶¹⁾ Vgl. *Oertmann*, *Die Geschäftsgrundlage*, Leipzig 1921, S. 64 ff.; *Schnorr v. Carlsfeld*, Beiträge zur Lehre vom Vergleich, Breslau 1929, S. 130 Anm. 415.

⁶²⁾ Vgl. *Goldschmidt*, S. 474 Anm. 2514, gegen *Stein*; weitere Nachweise bei *Schwarzer*, S. 59 Anm. 131.

Wille, den Rechtsstreit durch den Prozeßvergleich beenden zu wollen⁶³), wird zwar in der Regel nicht ausdrücklich erklärt, ist aber als selbstverständlich in der Erklärung, den Prozeßvergleich abschließen zu wollen, mit enthalten⁶⁴). Mit Recht spricht der BGH von der „beabsichtigten Erledigung“⁶⁵) des Rechtsstreits durch den Prozeßvergleich. Daß die prozeßbeendende Wirkung an eine prozessuale Willenserklärung anknüpft und nicht allein eine Folge materiellrechtlicher Streitschlichtung ist, ergibt sich schon daraus, daß der außerprozessuale Vergleich eine derartige Wirkung nicht hervorruft.

Auch bei einer funktionellen Betrachtungsweise kann dem Prozeßvergleich nicht eine rein materiellrechtliche Natur zugesprochen werden. Wie den anderen prozeßbeendenden PHen der Klagezurücknahme und der Erledigungserklärung kommt dem Prozeßvergleich im Hinblick auf das mit der Klage erstrebte Urteil die Funktion der „Urteilsverdrängung“⁶⁶) zu. Seine charakteristische Bedeutung für den Prozeß liegt in dem Abschneiden der weiteren Prozeßentwicklung zum Urteil hin, nicht aber in der Beseitigung des materiellrechtlichen Streits oder der Ungewißheit der materiellen Rechtslage, wie sie dem materiellrechtlichen Vergleich charakteristisch ist⁶⁷).

Danach ist der Prozeßvergleich jedenfalls nicht ein rein privatrechtlicher Vertrag, sondern zumindest *auch* prozessualer Natur.

III. Mit dieser Feststellung ist jedoch noch nicht die Frage der Zugehörigkeit des Prozeßvergleichs zum PHbereich beantwortet⁶⁸). Auch läßt sich ohne eine Klärung der Frage, ob es überhaupt Parteihandlungen gibt, die beiden Rechtsgebieten zuzuordnen sind, eine eindeutige Abgrenzung des PHbereichs nicht vornehmen. Das entscheidende Problem liegt daher in der Frage, ob der Prozeßvergleich eine Doppelnatur hat oder ob sich die prozessuale Seite des Vergleichs so von der materiellrechtlichen lösen läßt⁶⁹), daß ihr eine völlig selbständige Bedeutung zukommt. Läßt sich der Nachweis erbringen, daß dem Prozeßvergleich reiner PHcharakter zukommt, so ist die Theorie von der Doppelfunktionalität für die Parteiprozeßhandlungen in Frage ge-

⁶³) Vgl. *Lehmann*, Prozeßvergleich, S. 115 f., gegen *Walsmann*.

⁶⁴) *Grabner*, Gruch 61, 83; *Schwarzer*, S. 57, 71.

⁶⁵) BGHZ 16, 388 (390).

⁶⁶) Vgl. *Reichel*, AcP 104, 107; *Schwarzer*, S. 60; s. auch oben S. 84.

⁶⁷) Vgl. dazu *Schnorr v. Carolsfeld*, aaO. S. 15 ff.

⁶⁸) Zu Unrecht begnügt sich *Deinhardt*, S. 99, für die Abgrenzung des PHbereichs mit der Feststellung, daß der Prozeßvergleich „jedenfalls eine Prozeßhandlung darstellt“.

⁶⁹) Zu dieser Fragestellung vgl. *Böttcher*, AP 1950, S. 172 (Anm.).

stellt⁷⁰⁾, da die wohl h. L. in ihm den einzigen Fall einer doppelfunktionellen Parteiprozeßhandlung sieht⁷¹⁾.

Von einer Doppelnatur des Prozeßvergleichs kann nur dann gesprochen werden, wenn die Prozeßbeendigung *begriffsnotwendig* einen materiellrechtlich wirksamen Vergleich voraussetzt, und eine Doppelfunktionalität liegt nur dann vor, wenn zwischen der Funktion der „Urteilsverdrängung“ und der auf materielle Streitschlichtung gerichteten Funktion des materiellrechtlichen Vergleichs ein so enger Zusammenhang besteht, daß beide Funktionen voneinander abhängig sind⁷²⁾.

Könnte die Prozeßbeendigung alleiniger Inhalt eines Prozeßvergleichs sein, so spräche dies dafür, daß sich die prozessuale Seite des Prozeßvergleichs ganz von der materiellrechtlichen lösen ließe. Ein solcher „abstrakter Prozeßbeendigungsvertrag“ wird von den Vertretern der prozessualen Theorie für möglich gehalten⁷³⁾.

Es ist denkbar, daß die Parteien lediglich ein Interesse an der Beendigung des Rechtsstreits ohne eine gleichzeitige Regelung der materiellen Rechtslage haben. So kann es sein, daß die Parteien des Prozessierens müde sind⁷⁴⁾, sich aber materiellrechtlich noch nicht einigen können, oder daß sie den Streit vor ein Schiedsgericht bringen wollen⁷⁵⁾. Der praktisch wichtigste Fall ist wohl

⁷⁰⁾ Vgl. *Pohle*, MDR 1951, 702.

⁷¹⁾ Vgl. *Niese*, Prozeßhandlungen, S. 86. Daß es methodisch geboten ist, bei der hier vorzunehmenden Einzeluntersuchung auch für die übrigen umstrittenen Grenzfälle die Möglichkeit der Doppelfunktionalität offenzulassen, wurde bereits dargelegt (s. oben Anm. 20). Zur Frage der Doppelfunktionalität bei den einseitigen Partei-handlungen s. oben S. 144 ff., 183.

⁷²⁾ Vgl. dazu oben S. 91, 99.

⁷³⁾ *Grabner*, Gruch 61, 84; *Grosse*, aaO. S. 93 ff.; *Hellwig*, Lb. 2, 388; Prozeßhandlung, S. 80 ff.; Syst. I, S. 626; *Pohle*, Revista de Derecho Privado 1954, S. 5/13; *Reichel*, AcP 104, 107; *A. Schmidt*, ZZP 58, 395 f.; *Schwarzer*, S. 33 ff., 49 ff.; a. A. *Lehmann*, Prozeßvergleich, S. 48 ff.; *Stein*, ZZP 41, 429 f.; *Goldschmidt*, Anm. 2427, 2514; *Hoffmann*, S. 50; *Schiedermair*, aaO. S. 188, der einen solchen Vertrag für unwirksam hält. *Neuner*, S. 146 f., hält den „abstrakten Prozeßbeendigungsvertrag“ für gültig, sieht in ihm aber eine im Einverständnis mit dem Gegner erfolgte Klagezurücknahme, während ein „echter Prozeßvergleich“ eine materiellrechtliche Vereinbarung in sich schließe. *Rosenberg*, § 128 I 1 a. E., sieht in dem „abstrakten Prozeßbeendigungsvertrag“ einen eigenen Vertragstyp, auf den das Recht des Prozeßvergleichs analog angewandt werden könnte, für den aber kein Bedürfnis bestehe. *Simon*, der streng zwischen der materiellrechtlichen und der prozessualen Seite des Prozeßvergleichs trennt (vgl. S. 41 ff.), lehnt doch die Theorie von *Hellwig* ab, weil der Prozeßbeendigungswille der Parteien erst in der Verlautbarung des materiellrechtlichen Vertrages vor Gericht, die das Gesetz zur Prozeßbeilegung verlange, zum Ausdruck komme (S. 33). Damit nähert sich *Simon* der Theorie von der Doppelnatur des Prozeßvergleichs.

⁷⁴⁾ *Pohle*, aaO. s. 8.

⁷⁵⁾ *Hellwig*, Syst. I, S. 626; *Pohle*, aaO. S. 8; *Schwarzer*, S. 49.

der, daß der materielle Streit im Zeitpunkt des Abschlusses des Prozeßvergleichs bereits durch einen außergerichtlichen Vergleich geschlichtet ist⁷⁶⁾. Ist die materielle Rechtslage zwischen den Parteien nicht mehr streitig, so ist eine Einwirkung auf ein streitiges Rechtsverhältnis, wie sie der materiellrechtliche Vergleich erfordert⁷⁷⁾, nicht mehr möglich⁷⁸⁾. Die Parteien könnten den außergerichtlichen Vergleich allerdings aufschiebend bedingt durch den Abschluß des Prozeßvergleichs abschließen. Die Regel ist dies aber nicht⁷⁹⁾. Für eine Erneuerung des bereits abgeschlossenen außergerichtlichen Vergleichs, die zulässig ist⁸⁰⁾, besteht nur wegen der Vollstreckbarkeit ein Bedürfnis⁸¹⁾, zur Herbeiführung der Prozeßbeendigung bedarf es einer solchen Wiederholung nicht.

In diesen Fällen ist die Prozeßbeendigung alleiniger Inhalt des Prozeßvergleichs. Das gegenseitige Nachgeben, das auch hier zu fordern ist⁸²⁾, bezieht sich auf die prozessualen Aussichten der Parteien⁸³⁾. Daß die Parteien den Rechtsstreit durch übereinstimmende Willenserklärungen beenden können, folgt aus der Dispositionmaxime⁸⁴⁾. Die Parteien müssen die Freiheit haben, den Prozeß bis zum Urteil fortzuführen oder ihn vorher abubrechen⁸⁵⁾. Sie müssen auch die Möglichkeit haben, den Rechtsstreit durch gegenseitiges prozessuales Nachgeben⁸⁶⁾ da zu beenden, wo ihnen eine Verfügungsmacht über das materielle Rechtsverhältnis wie im Ehescheidungsprozeß nicht zusteht⁸⁷⁾. So ist in Ehesachen ein Prozeßvergleich für zulässig zu halten, in

⁷⁶⁾ Vgl. R. Schmidt, BayZ 1907, 1 zu Anm. 2; Schwarzer, S. 36.

⁷⁷⁾ Vgl. Schnorr v. Carolsfeld, aaO. S. 83.

⁷⁸⁾ Schwarzer, S. 42 ff.

⁷⁹⁾ Schwarzer, S. 47.

⁸⁰⁾ Nikisch, § 70 I 3.

⁸¹⁾ Vgl. Schwarzer, S. 111.

⁸²⁾ Vgl. unten Anm. 86; a. A. Baumbach-Lauterbach, Anh. nach § 307, Bem. 2A.

⁸³⁾ Pohle, aaO. S. 6/7. Auch die Vertreter der gegenteiligen Ansicht lassen ein Nachgeben bezüglich der prozessualen Situation genügen; vgl. Nikisch, § 70 I 2; Stein-Jonas-Schönke, § 794 II 1.

⁸⁴⁾ Heldmann, ZZZ 44, 453.

⁸⁵⁾ Pohle, aaO. S. 8/9.

⁸⁶⁾ Esser meint, daß man konsequenterweise für das prozessuale „Beendigungsgeschäft“ auf die bürgerlichrechtliche Tatbestandsvoraussetzung des „gegenseitigen Nachgebens“ verzichten müsse (Festschrift, S. 722 Anm. 33). Dies widerspricht m. E. dem Wesen des Vergleichs, für den das gegenseitige Nachgeben charakteristisch ist, gleichgültig, welche Rechtsnatur ihm zukommt.

⁸⁷⁾ Vgl. OLG Schleswig, MDR 1955, 177 Nr. 177 = FamRZ 1955, 189 Nr. 223; OLG Stuttgart, MDR 1955, 368 Nr. 367 = FamRZ 1955, 222 Nr. 281 (im Zusammenhang des § 13 Ziff. 3 RAGeO); a. A. BGH NJW 1955, 182 (rechte Spalte), zustimmend Johannsen, LM § 794 Ziff. 1 Nr. 5.

dem Klage und Widerklage unter Kostenaufhebung zurückgenommen werden⁸⁸⁾).

Das Bedürfnis für einen solchen Prozeßbeendigungsvertrag läßt sich nicht mit dem Hinweis auf andere prozessuale Möglichkeiten, den Rechtsstreit zu beenden, wie die Klagezurücknahme und die Erledigungserklärung, verneinen⁸⁹⁾. Mit diesen PHen wird der Rechtsstreit nicht wie beim Prozeßvergleich im vollen Umfange, also sowohl hinsichtlich der Hauptsache als auch bezüglich der Kostenfrage, beendet. Gegen den abstrakten Prozeßbeendigungsvertrag läßt sich auch nicht die Gefahr einer Vervielfältigung der Prozesse anführen. Diese Gefahr wird von der Prozeßordnung bei der Klagezurücknahme und der Erledigungserklärung auch in Kauf genommen⁹⁰⁾.

Bei dem abstrakten Prozeßbeendigungsvertrag handelt es sich jedoch um einen Ausnahmefall, der praktisch wohl nur selten vorkommen wird. In der Regel, wenn auch nicht ausnahmslos⁹¹⁾, einigen sich die Parteien auch über materiellrechtliche Beziehungen. Fast jeder Prozeßvergleich enthält eine — tatsächliche — Verbindung von prozessualer und materieller Streitschlichtung⁹²⁾. Für die Frage, ob dem Prozeßvergleich eine Doppelnatur zukommt, kann man daher die Möglichkeit eines abstrakten Prozeßbeendigungsvertrages allein nicht entscheidend sein lassen, da für die Bestimmung der Rechtsnatur einer Parteihandlung von dem typischen Regelfall und nicht von dem Ausnahmefall auszugehen ist. Gegen eine allein auf den abstrakten Prozeßbeendigungsvertrag gestützte Beweisführung könnte man auch einwenden, daß es sich um einen Vertrag eigener Art handle, auf den das Recht des Prozeßvergleichs allenfalls analog anzuwenden sei⁹³⁾. Um diesen Einwänden zu begegnen, ist zu klären, ob die prozessuale Seite von der materiellrechtlichen auch dann völlig zu trennen ist, wenn beide Teile in einem tatsächlichen Vorgang miteinander verbunden sind.

Für eine Trennbarkeit der beiden Seiten des Prozeßvergleichs spricht die verschiedene Willensrichtung bei der Schlichtung des materiellen Streits und der Beendigung des Rechtsstreits. Der Prozeßbeendigungswille ist von dem rechtsgeschäftlichen Willen wesensmäßig völlig verschieden⁹⁴⁾. Auch stellen

⁸⁸⁾ *Pohle*, aaO. S. 11; zur Frage der Aufnahme der Klagezurücknahmeerklärung in den Vergleich *Schubel*, S. 57 ff.

⁸⁹⁾ *Rosenberg* verneint ein Bedürfnis, vgl. § 128 I 1; vgl. auch *Esser*, aaO. S. 716; eingehend zur Bedürfnisfrage *Pohle*, aaO. S. 8.

⁹⁰⁾ *Pohle*, aaO. S. 10.

⁹¹⁾ So *Lent*, § 48 II; vgl. dagegen *Pohle*, aaO. S. 8.

⁹²⁾ *Pohle*, aaO. S. 13; *Schwarzer*, S. 56 f., 136 f.

⁹³⁾ Vgl. *Rosenberg*, § 128 I 1.

⁹⁴⁾ Vgl. *Pohle*, aaO. S. 4.

die auf die Prozeßbeendigung gerichteten Erklärungen der Parteien anders als die Willenserklärungen, welche die materielle Streitschlichtung zum Gegenstand haben, keinen Vertrag dar. Der Teilnahme des Gerichts am Verfahren entspricht besser die Form des Gesamtaktes⁹⁵⁾. Die Erklärungen, den Prozeß beenden zu wollen⁹⁶⁾, richten sich in erster Linie an das Gericht. Die Situation ist vergleichbar mit der Erklärung der Erledigung der Hauptsache durch beide Parteien. Auch durch den Prozeßvergleich wird die richterliche Tätigkeit unmittelbar beeinflußt⁹⁷⁾.

Daß die beiden Teile trennbar sind, zeigt sich auch an ihren Funktionen. Sie stehen nicht in einem engen Zusammenhang, wie die Vertreter der Lehre von der „Doppelnatur“ annehmen. Die Funktion der „Urteilsverdrängung“ setzt zu ihrer Erfüllung nicht die Schlichtung des materiellen Streits voraus. Der Prozeßvergleich ersetzt — funktionell gesehen — nicht das Urteil. In dem Urteil kommt die richterliche Funktion des Rechtgebens zum Ausdruck. Mit dem Abschluß eines Prozeßvergleichs nehmen sich und geben sich die Parteien gleichzeitig ihr Recht nicht etwa selbst, sondern sie heben das mit der Klageerhebung entstandene Spannungsverhältnis des Rechtnehmens und Rechtgebens gerade auf und verzichten für den anhängigen Rechtsstreit auf die rechtgebende Tätigkeit des Gerichts⁹⁸⁾. Urteilssurrogat, wie es *Paul*⁹⁹⁾ und *Bülow*¹⁰⁰⁾ annehmen, kann der Prozeßvergleich schon deshalb nicht sein, weil ihm die Wirkung der materiellen Rechtskraft fehlt¹⁰¹⁾.

⁹⁵⁾ *Grabner*, Gruch 61, 84; zu dieser Frage eingehend *Pohle*, aaO. S. 7; *Schubel*, S. 54; *Schwarzer*, S. 53, 55, 58 f., 69.

⁹⁶⁾ *Lehmann*, aaO. S. 118 f., vertritt die Auffassung, daß „solche besonderen prozessualen Erklärungen, an die man die prozessualen Wirkungen anknüpfen könnte, in Wirklichkeit überhaupt nicht“ vorkämen; zustimmend *Esser*, aaO. S. 714, 718. Die Parteien wollen jedoch, wie bereits dargelegt, mit ihrer Erklärung an das Gericht, daß sie einen Prozeßvergleich abschließen, zum Ausdruck bringen, daß der Rechtsstreit auf diese Weise beendet werden soll.

⁹⁷⁾ Vgl. *Pohle*, MDR 1950, 643.

⁹⁸⁾ Hieraus folgt, daß — entgegen der Auffassung von *Esser* (aaO. S. 728) — ein Prozeßvergleich nach Eintritt der Rechtskraft nicht geschlossen werden kann (*Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 794 zu N 23). Ein derartiger Vergleich steht einem außergerichtlich abgeschlossenen gleich (vgl. hierzu *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 322 zu N 41). Die Parteien bekommen durch einen solchen Vergleich keinen Vollstreckungstitel, da ein „Rechtsstreit“ i. S. des § 794 nicht mehr vorliegt. Dem widerspricht nicht, wie *Esser* meint, daß im Wiederaufnahmeverfahren ein Prozeßvergleich zur Sache geschlossen werden kann, sobald die Hauptsache von neuem verhandelt wird, denn hier wird das alte Verfahren wieder aufgenommen und die ursprüngliche Beendigung des Rechtsstreits steht dann einer erneuten Beendigung nicht mehr entgegen.

⁹⁹⁾ AaO. S. 13, 19 ff.

¹⁰⁰⁾ Geständnisrecht S. 75 Anm. 2; ebenso *Schneider*, ZZP 31, 274.

¹⁰¹⁾ *Schwarzer*, S. 74 f.; ebenso *Esser*, aaO. S. 724.

Bei der Behandlung der praktischen Einzelfragen, von denen hier nur die wichtigsten herausgestellt werden können, zeigt sich, daß die prozessuale Auffassung der Forderung nach Klarheit der Prozeßlage besser gerecht wird als die Theorie von der Doppelnatur.

Ebensowenig wie die Erledigungserklärung und Klagezurücknahme als verfahrensgestaltende PHen eine Bedingung oder Betagung vertragen¹⁰²⁾, kann der Prozeßvergleich, soweit es auf die prozeßbeendigende Wirkung ankommt, bedingt oder befristet vorgenommen werden¹⁰³⁾. Das gilt nicht für den gleichzeitig abgeschlossenen materiellrechtlichen Vergleich, soweit das materielle Recht eine Bedingung oder Betagung zuläßt. Im Interesse der Rechtspflege muß Klarheit darüber bestehen, ob ein Rechtsstreit beendet ist oder nicht¹⁰⁴⁾. Folgte man der h. L. und ließe für Prozeßvergleiche auch im Hinblick auf die prozeßbeendigende Wirkung Bedingungen oder Betagungen zu¹⁰⁵⁾, soweit das betreffende materielle Recht dies gestattet, so könnte es von außerprozessualen, für das Gericht nicht ohne weiteres erkennbaren Ereignissen abhängen, ob das Verfahren noch schwebt oder schon beendet ist. Die Parteien können es auch nicht in der Hand haben, die Wirksamkeit des Prozeßvergleichs von der Wirksamkeit des gleichzeitig abgeschlossenen materiellrechtlichen Vergleichs abhängig zu machen. Auch bei der Zulassung einer solchen Bedingung wäre die Klarheit der Prozeßlage gefährdet. Umgekehrt kann der materiellrechtliche Vergleich natürlich von der Wirksamkeit des Prozeßvergleichs abhängig gemacht werden¹⁰⁶⁾. Abzulehnen ist auch die Meinung, daß PHen, die wie die Zurücknahme der Klage oder des Rechtsmittels sonst bedingungsfeindlich sind, durch ihre Aufnahme in den Prozeßvergleich bedingungsfreundlich werden¹⁰⁷⁾. Zu dieser Schlussfolgerung, die den Erfordernissen einer klaren Prozeßsituation widerspricht, kann nur die Lehre von der Doppelnatur führen, da diese Theorie von dem Prozeßvergleich als einem rechtlich einheitlichen Vorgang ausgeht. Nach der hier vertretenen Auffassung unterliegt die im Zusammenhang mit einem Prozeßvergleich erklärte Klagezurücknahme keiner anderen Regelung als sonst¹⁰⁸⁾.

¹⁰²⁾ Nikisch, § 69 I 2; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, V 9 b vor § 128; § 271 III.

¹⁰³⁾ Heldmann, Z郑 44, 458; Pohle, aaO. S. 12; Schwarzer, S. 146 ff.

¹⁰⁴⁾ Pohle, aaO. S. 12; vgl. auch Jessen, JR 1956, 9.

¹⁰⁵⁾ Vgl. u. a. (mit unterschiedlicher Begründung) Baumbach-Lauterbach, Anh. nach § 307 Bem. 3B; Esser, aaO. S. 718; Goldschmidt, S. 495 und dort Anm. 2608; Lehmann, Prozeßvergleich, S. 151 ff.; Rosenberg, § 128 III 2 g; Schiedermaier, Prozeßvereinbarungen, S. 191; Stein-Jonas-Schönke, Bem. V 9 c vor § 128.

¹⁰⁶⁾ Pohle, aaO. S. 14.

¹⁰⁷⁾ Goldschmidt, S. 495; Lb., § 50, 3; a. A. Hellwig, Syst. I, S. 454.

¹⁰⁸⁾ Vgl. auch Jessen, aaO.

IV. Teil. Prozeßverträge

Daß der Ausnahmefall des Widerrufsvorbehalts, der sich in der Praxis bewährt hat, die Klarheit der Prozeßsituation nicht gefährdet¹⁰⁹⁾, mag man in ihm einen Rücktrittsvorbehalt, eine auflösende oder eine aufschiebende Bedingung sehen¹¹⁰⁾, bedarf hier keiner näheren Ausführung.

Erkennt man die Selbständigkeit der prozessualen Seite des Prozeßvergleichs an, so lassen sich auch die Probleme, die bei Vorliegen von Willensmängeln entstehen, ohne Schwierigkeit lösen¹¹¹⁾. Die hier vertretene Auffassung ermöglicht eine klare Trennung bezüglich der verschiedenen Wirkungen des Vergleichs. Betreffen die Willensmängel lediglich die materiellrechtliche Regelung, so beseitigt die Anfechtung auch nur die materiellrechtlichen Wirkungen des Vergleichs¹¹²⁾. Die prozeßbeendigende Wirkung bleibt bestehen¹¹³⁾. Die Nichtigkeit des Vergleichs kann nur in einem neuen Verfahren oder im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden¹¹⁴⁾. Die prozeßbeendigende Wirkung kann dagegen nur aus prozessualen Gründen beseitigt werden. Im Interesse der Klarheit der Prozeßlage kann eine Anfechtung des Prozeßvergleichs wegen Willensmängel nicht zugelassen werden¹¹⁵⁾. Die Lage ist hier nicht anders als bei den anderen prozeßbeendi-

¹⁰⁹⁾ Es besteht daher kein Anlaß, den Widerrufsvorbehalt als unzulässig abzulehnen, wie *Esser* es für konsequent bei Befolgung der prozessualen Theorie hält (vgl. Festschrift, S. 733).

¹¹⁰⁾ Vgl. OLG München, BayJMBI 1953, 220.

¹¹¹⁾ *Böttcher*, AP 1950, 173.

¹¹²⁾ *Baumbach-Lauterbach* vertreten demgegenüber die Auffassung, daß eine Anfechtung des Prozeßvergleichs überhaupt ausgeschlossen sei (Anh. nach § 307 Anm. 6A). *Esser* hält diese Auffassung bei Befolgung der prozessualen Theorie — m. E. zu Unrecht — für konsequent (aaO. S. 733 Anm. 95). Die Unanfechtbarkeit auch des mit dem Prozeßvergleich verbundenen materiellen Vergleichs könnte nur dann als konsequent bezeichnet werden, wenn *Baumbach-Lauterbach* davon ausgingen, daß dem Prozeßvergleich auch bezüglich der Regelung der materiellrechtlichen Beziehungen der Charakter einer einheitlichen PH zukäme. Diese Auffassung läßt sich aber den Ausführungen von *Baumbach-Lauterbach*, aaO. Anm. 2A, nicht entnehmen.

¹¹³⁾ *Böttcher*, aaO. S. 172 ff.; *Heldmann*, ZZP 44, 452 ff.; *Pohle*, aaO. S. 15 f.; *Schubel*, S. 70 ff.; *Schwarzer*, S. 154 ff.; *Jessen*, aaO.; früher auch *Rosenberg*, Stellvertretung im Prozeß, S. 80; a. A. die h. L.: vgl. für alle *Rosenberg*, § 128 III 3.

¹¹⁴⁾ *Böttcher*, aaO. S. 172 ff.; *Pohle*, aaO. S. 15/16; *Schwarzer*, S. 152 ff.; LArbG Mannheim DB 1951, 116 (Leitsatz).

¹¹⁵⁾ *Schiederemair* will auf die prozessuale Seite des Prozeßvergleichs ebenso wie bei den sonstigen Prozeßverträgen die Bestimmungen der §§ 119 ff., 142 f. BGB analog anwenden (vgl. Prozeßvereinbarungen, S. 190). Dieser Auffassung kann von dem hier vertretenen Standpunkt aus auch deshalb nicht zugestimmt werden, weil die gemeinsamen auf die Prozeßbeendigung gerichteten Erklärungen der Parteien an das Gericht keinen Prozeßvertrag, sondern einen Gesamakt darstellen.

genden Parteihandlungen, deren PHcharakter unbestritten feststeht. Bei Vorliegen von Wiederaufnahmegründen, die praktisch immer in Zusammenhang mit dem materiellrechtlichen Vergleich stehen, besteht kein praktisches Bedürfnis für eine Beseitigung der prozeßbeendigenden Wirkung¹¹⁶⁾. Der Kläger kann, da dem Prozeßvergleich eine Rechtskraftwirkung nicht zukommt, jederzeit eine neue Klage erheben, und der Beklagte ist durch die Möglichkeit der Vollstreckungsgegenklage hinreichend geschützt. Es kann daher *Esser* nicht darin zugestimmt werden, daß „die Unterscheidung zwischen prozessualer und materieller Unwirksamkeit, die doch oft genug untrennbar sind“, überfordert werde¹¹⁷⁾.

Daß die Prozeßökonomie, auf die sich die Gegner der hier vertretenen Auffassung im allgemeinen berufen¹¹⁸⁾, nicht grundsätzlich die Fortsetzung des alten Verfahrens gebietet, hat *Pohle* bereits überzeugend dargelegt¹¹⁹⁾.

Im Ergebnis stimmt die hier dargelegte Auffassung mit der Rechtsprechung des RG überein¹²⁰⁾, wonach im alten Verfahren nur über prozessuale Mängel des Prozeßvergleichs zu entscheiden ist, während materiellrechtliche Einwendungen gegen die Gültigkeit des Vergleichs in einem neuen Verfahren zu klären sind¹²¹⁾. Prozessuale Mängel, die zur Fortsetzung des alten Verfahrens berechtigen, werden praktisch selten sein. Denkbar ist beispielsweise ein Mangel bezüglich des Umfangs der Prozeßvollmacht, wobei die Beschränkung der Prozeßvollmacht dem Gegner allerdings erkennbar sein muß¹²²⁾. Auch die Rechtzeitigkeit des Widerrufs ist eine Frage, die die prozessuale Seite des Prozeßvergleichs betrifft¹²³⁾ und daher in Fortsetzung des alten Verfahrens zu klären ist. Richtet sich dagegen der Angriff allein gegen die Wirkung der Vollstreckbarkeit des Prozeßvergleichs, z. B. wegen mangelhafter Protokol-

¹¹⁶⁾ Gegen die Anwendung der Nichtigkeits- oder Restitutionsklage auf den Prozeßvergleich *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 794 II 3 (mit Nachweisen N 57); *Schwarzer*, S. 162 f.

¹¹⁷⁾ AaO. S. 735.

¹¹⁸⁾ Vgl. für alle *Esser*, aaO. S. 733.

¹¹⁹⁾ AaO. S. 9 f.; AP Nr. 2 zu § 794 ZPO, Bl. 393; vgl. auch *Jessen*, JR 1956, 9.

¹²⁰⁾ Vgl. dazu *K. Blomeyer*, NJW 1949, S. 70 f. (Anm.); *Pohle*, aaO. S. 15.

¹²¹⁾ Vgl. die Nachweise bei *Nikisch*, § 70 IV 2, der dieser unterschiedlichen Behandlung aus Zweckmäßigkeitsgründen zustimmt. Der BGH hat sich, soweit zu überblicken ist, zu dieser Frage bisher noch nicht grundsätzlich geäußert; offengelassen in BGHZ 16, 388 (391), vgl. dazu *Delbrück* LM § 794 Ziff. 1, Nr. 6 (Anm.).

¹²²⁾ BGHZ 16, 167 = ZZZ 68, 176.

¹²³⁾ Vgl. RGZ 161, 253; OLG Hamburg JZ 1952, 313; BGHZ 16, 390.

lierung¹²⁴⁾, so ist dies im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend zu machen. Decken sich die Gründe, die sich gegen die Wirkung der Vollstreckbarkeit und gegen die Prozeßbeendigungswirkung richten, so können beide Fragen in dem alten Verfahren geklärt werden¹²⁵⁾.

IV. Den Vertretern der prozessualen Theorie macht *Esser* den Vorwurf, daß sie lediglich dem Gesetz der Logik folgten¹²⁶⁾ und jegliche Interessenabwägung außer acht ließen¹²⁷⁾. Dem ist zu widersprechen. Auch die Vertreter der prozessualen Theorie kommen zu ihren Ergebnissen auf Grund einer eingehenden Interessenabwägung. Dies zeigen vor allem die mehrfach genannten Abhandlungen von *Pohle* und *Schwarzer*. Im Unterschied zu *Esser* stellen sie jedoch nicht die Interessen und den Willen der Parteien in den Vordergrund, sondern wägen zwischen den Interessen der Parteien auf der einen Seite und den Bedürfnissen der Rechtspflege und ihrer Organe¹²⁸⁾ auf der anderen Seite ab. Dabei zeigt sich, daß das Erfordernis einer klaren prozessualen Situation es verbietet, an der einmal eingetretenen Prozeßbeendigung aus anderen als prozessualen Gründen zu rütteln.

Der Hinweis auf den Parteiwillen, der angeblich allein auf ein einheitliches Rechtsgeschäft gerichtet sei, vermag demgegenüber nicht zu überzeugen. Wie die Ausführungen gezeigt haben, kann mit guten Gründen auch der gegenteilige Parteiwille als die Regel angenommen werden.

Entscheidend kann letztlich nur sein, welche Theorie zu praktisch brauchbareren Ergebnissen führt. Dies zeigt sich am deutlichsten bei der Frage, ob bei Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des Vergleichs das alte Verfahren fortzusetzen oder ein neues zu beginnen ist. Die scharfe Trennung in eine prozessuale und eine materiellrechtliche Seite des Prozeßvergleichs bietet die beste Grundlage für die Lösung dieses noch immer umstrittenen Problems.

¹²⁴⁾ Die Ordnungsmäßigkeit der Protokollierung betrifft lediglich die Vollstreckbarkeitswirkung, ist aber nicht Voraussetzung für den Eintritt der Prozeßbeendigung (a. A. *Delbrücke*, LM § 794 Ziff. 1 Nr. 6 (Anm.)). Diese tritt mit den Erklärungen an das Gericht ein. (Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung kann auf diese viel umstrittene Frage nicht näher eingegangen werden. Wie hier der überwiegende Teil der Lehre; vgl. dazu *Pohle*, aaO. S. 12 (mit Nachweisen Anm. 44); *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 794 II 2d; a. A. ein großer Teil der Rechtsprechung; vgl. BGHZ 14, 381 (386); 16, 390; *Rosenberg*, § 128 I 2b β (mit weiteren Nachweisen)). Die Klarheit der Prozeßlage ist ohne Protokollierung gewahrt (a. A. *Schwarzer*, S. 128). Auch bei der Klagezurücknahme und der Erledigungserklärung sowie dem in § 160 angeführten Anerkenntnis ist die Protokollierung nicht Wirksamkeitsvoraussetzung.

¹²⁵⁾ *Pohle*, aaO. S. 16.

¹²⁶⁾ AaO. S. 714.

¹²⁷⁾ Vgl. aaO. S. 714, 718, 734.

¹²⁸⁾ Hiergegen offenbar *Esser*, aaO. S. 737 Anm. 114.

V. *Zusammenfassend* kann danach festgestellt werden, daß sich der Prozeßvergleich sowohl hinsichtlich der Regelung der Voraussetzungen als auch der der Wirkungen ganz von dem mit ihm verbundenen materiellrechtlichen Vergleich lösen läßt. Wird mit dem Prozeßvergleich gleichzeitig der materielle Streit geschlichtet, so sind Prozeßvergleich und materiellrechtlicher Vergleich rechtlich selbständige Teile eines einheitlichen Tatbestandes. Der Prozeßvergleich ist rein prozessualer Natur. Er gehört zum Kreis derjenigen PHen, die sowohl hinsichtlich der Voraussetzungen als auch der Wirkungen allein dem Prozeßrecht unterliegen¹²⁹⁾. Auch unter der Fragestellung der funktionellen Bedeutung für den Prozeß kommt dem Prozeßvergleich, wie an der Funktion der „Urteilsverdrängung“ gezeigt wurde, PHcharakter zu.

VI. Die gleiche Bedeutung kommt dem im Armenrechtsverfahren gem. § 118 a abgeschlossenen Vergleich zu, falls der Rechtsstreit schon anhängig ist, denn das Armenrechtsverfahren liegt in der Hand des Prozeßgerichts und kann als ein — wenn auch selbständiger — Anhang des Rechtsstreits angesehen werden¹³⁰⁾. Ist der Prozeß dagegen noch nicht anhängig, so kann dem im Armenrechtsverfahren abgeschlossenen Vergleich insofern ein PHcharakter zugesprochen werden, als er das — selbständige — Armenrechtsverfahren beendet¹³¹⁾. Mit Rücksicht auf diese Wirkung kommt dem Vergleich ebenso ein rein prozessualer Charakter zu wie dem das Verfahren einleitenden Armenrechtsgesuch¹³²⁾.

§ 26. Prozeßverträge, die in der Regel während eines anhängigen Verfahrens, aber sowohl innerhalb als auch außerhalb des Prozesses abgeschlossen werden

I. Die gesetzlich geregelten Verträge

Die Vereinbarung der Höhe und der Art der Sicherheitsleistung (§ 108) stellt einen echten Vertrag¹³³⁾ dar. Seine Wirkung liegt allein auf prozessualem Gebiet. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 108, wonach der vertraglichen Vereinbarung die gleiche Bedeutung zukommt wie der Entscheidung des Gerichts. Die Parteien können durch den Vertrag den Inhalt der

¹²⁹⁾ Aus dem reinen PHcharakter des Prozeßvergleichs folgt, daß vor dem Kollegialgericht — und dort auch vor dem Einzelrichter — Anwaltszwang gilt. So eine viel vertretene Meinung in Lehre und Rechtsprechung, vgl. für viele *Nikisch*, § 70 II 2; a. A. *Rosenberg*, § 128 I 2c (mit weiteren Nachweisen); *Lehmann*, Prozeßvergleich, S. 163 ff.; *Esser*, aaO. S. 719, 732.

¹³⁰⁾ *Pohle*, aaO. S. 11 unter d).

¹³¹⁾ Vgl. *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 118 a II 1.

¹³²⁾ Vgl. dazu oben S. 88.

¹³³⁾ A. A. *Wieczorek*, § 38 B IV a 2, ohne weitere Begründung.

gerichtlichen Entscheidung nicht nur ergänzen, sondern auch nachträglich abändern. Funktionell vereinigt der Vertrag, soweit er die gerichtliche Entscheidung ersetzt, den Vorgang des Rechtnehmens und Rechtgebens in sich.

Bezüglich der Voraussetzungen finden dagegen weitgehend die Normen des bürgerlichen Rechts Anwendung. Da die bindende Wirkung des Vertrags durch einen einseitigen Widerruf nicht beseitigt werden kann und irgendwelche Interessen der Rechtspflege an der Aufrechterhaltung der Bindungswirkung nicht bestehen, muß es den Parteien möglich sein, bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen den Vertrag anzufechten, um eine gerichtliche Entscheidung über Höhe und Art der Sicherheitsleistung herbeiführen zu können. Auch der Abschluß des Vertrages unter einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung ist mit dem Zweck des Instituts der Sicherheitsleistung vereinbar, da diese allein im Interesse der Parteien liegt. Da sich der Vertrag nicht auf die Prozeßführung als solche bezieht, wird man den beschränkt Geschäftsfähigen mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters für befugt halten können, einen solchen Vertrag abzuschließen.

Die prozessuale Wirkung und Funktion dieses Prozeßvertrages sprechen trotz der Ausgestaltung des Tatbestandes nach bürgerlichem Recht für eine prozessuale Natur¹³⁴⁾. Verglichen mit den unbestrittenen PHen kann der Vertrag jedoch nur unter der Fragestellung der funktionellen Bedeutung für den Prozeß zum PHbereich gerechnet werden. Unter dem Gesichtspunkt der Abgrenzung der PHen von dem bürgerlichrechtlichen Parteiverhalten spricht die Ausgestaltung des Tatbestandes gegen die Zugehörigkeit zum PHbereich.

Die gleichen Überlegungen gelten für die vertragliche Fristabkürzung (§ 224)¹³⁵⁾, die zur Folge hat, daß die nach dem vereinbarten Fristablauf vorgenommenen PHen ebenso zu behandeln sind, wie wenn sie erst nach dem normalen Fristablauf vorgenommen worden wären¹³⁶⁾. Diese rein prozessuale Wirkung ist auf den Vertrag selbst zurückzuführen. Sie wird vom Gericht aber erst dann beachtet, wenn eine Partei die Tatsache des Vertrags in den Prozeß einführt. Die aufgezeigte prozessuale Wirkung des Vertrags ist daher verglichen mit den innerprozessualen Wirkungen der unbestrittenen PHen nur eine mittelbare. Für die Anfechtbarkeit wegen Willensmängel gelten die gleichen Überlegungen wie für die Vereinbarung der Art und Höhe der Sicherheitsleistung. Nach Ablauf der gesetzlichen Frist hat die Anfechtung der ver-

¹³⁴⁾ So die überwiegende Ansicht; vgl. u. a. *Förster-Kann*, § 108, 1a; *Goldschmidt*, S. 458; *Nikisch*, § 55 III; a. A. *Rosenberg*, § 59, 2a.

¹³⁵⁾ Auch hier verneint *Wieczorek* den Vertragscharakter (§ 38 B IV 2).

¹³⁶⁾ Vgl. *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 224 I 2.

traglichen Fristabkürzung allerdings keine prozessuale Auswirkung mehr. Anders als bei dem Vertrag gem. § 108 ist hier Prozeßfähigkeit zu fordern, da die Fristabkürzung die Prozeßführung als solche betrifft, auf die dem beschränkt Geschäftsfähigen, der nicht prozeßfähig ist, kein Einfluß eingeräumt werden darf.

Bezüglich der Vereinbarung der Parteien über einen Sachverständigen (§ 404 Abs. 4) ist umstritten, ob es sich um einen Vertrag¹³⁷⁾ oder um beiderseitige Einverständniserklärungen¹³⁸⁾ (Gesamtakt) handelt. Für den Vertragscharakter spricht, daß die Parteien mit der Vereinbarung in erster Linie bezwecken, sich auf einen oder mehrere bestimmte Sachverständige festzulegen. Die Einschränkung der Befugnisse des Gerichts zur Ernennung der Sachverständigen ist nur eine notwendige Folge dieser vertraglichen Bindung, sie ist aber nicht der primäre Zweck des Vertrages. Es ist daher der ersteren Ansicht zuzustimmen.

Die prozessuale Wirkung besteht in der — wenn auch nicht uneingeschränkten¹³⁹⁾ — Bindung des Gerichts an den Vertrag. Diese Wirkung ist auch hier nur eine mittelbare, da der Vertrag vom Gericht nur dann berücksichtigt wird, wenn er als Prozeßstoff in das Verfahren eingeführt wird. Die Bindungswirkung beruht jedoch auf dem Vertrag, nicht auf dem formellen Akt der Geltendmachung. Funktionell ist die Einigung der Parteien vergleichbar mit den unbestrittenen PHen, die der Verfahrensbetreibung dienen. Bezüglich der Regelung der Voraussetzungen gelten die gleichen Erwägungen wie bei der vertraglichen Fristabkürzung. Bis zur Beweisaufnahme kann der Anfechtung des Vertrages durch eine Änderung des Beweisbeschlusses gem. § 360 Rechnung getragen werden; nach der Beweisaufnahme findet die Vorschrift des § 412 Anwendung. Auch gegen die Hinzufügung einer Bedingung ist nichts einzuwenden, wenn der Eintritt der Bedingung vor Berücksichtigung des Vertrages durch das Gericht erfolgt. Für das Gericht muß im Interesse der sicheren Abwicklung des Verfahrens eindeutig feststehen, ob es an den Vertrag gebunden ist oder nicht.

Ebenso wie bei den beiden anderen gesetzlich geregelten Prozeßverträgen ist auch hier unter dem Gesichtspunkt der funktionellen Bedeutung für den Prozeß die Zugehörigkeit zum PHbereich zu bejahen. Unter der Fragestellung der Abgrenzung von den Rechtsgeschäften des bürgerlichen Rechts unter-

¹³⁷⁾ So die überwiegende Ansicht; vgl. u. a. *Hoffmann*, S. 45, *Knecht*, S. 26; *Nikisch*, § 55 II 2; *Schiedermair*, Prozeßvereinbarungen, S. 29.

¹³⁸⁾ *Rosenberg*, § 60 II 1.

¹³⁹⁾ Vgl. *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 404 IV.

scheiden sich diese Prozeßverträge von den unbestrittenen PHen dadurch, daß die Ausgestaltung des Tatbestandes im wesentlichen den Vorschriften des bürgerlichen Rechts untersteht.

II. Der vorgängige vertragliche Verzicht auf Rechtsmittel und Rechtsbehelfe

Die Zulässigkeit des Rechtsmittelverzichts vor Erlaß der Entscheidung, für den schon nach dem Wortlaut des § 514 (§ 566) nur die Vertragsform in Frage kommt, ist seit je heftig umstritten¹⁴⁰⁾. Neuerdings scheint sich auch in der Lehre die Ansicht durchzusetzen, daß der vorgängige vertragliche Rechtsmittelverzicht zulässig ist¹⁴¹⁾, während die Frage der Rechtsnatur weiterhin umstritten ist¹⁴²⁾.

Der vorgängige Verzichtsvertrag kann einen verschiedenen Inhalt haben: die Parteien können in dem Vertrag den Rechtsmittelverzicht — antizipiert — *erklären* oder sie können sich *verpflichten*, den Rechtsmittelverzicht nach Erlass der Entscheidung zu erklären bzw. die Einlegung eines Rechtsmittels zu unterlassen. Beide Vertragsarten können nicht ohne weiteres gleichgesetzt werden¹⁴³⁾, selbst wenn sie zum gleichen prozessualen Ergebnis, der Unzulässigkeit des Rechtsmittels, führen¹⁴⁴⁾. Hier ist zunächst nur die erste Vertragsart zu untersuchen, auf die zweite wird im Zusammenhang mit den Verträgen, welche die Verpflichtung zur Vornahme oder Unterlassung einer PH zum Inhalt haben, einzugehen sein. Nur dann, wenn sich ergibt, daß beide Vertragstypen sowohl hinsichtlich der Wirkungen und der Ausgestaltung des Tatbestandes als auch in der funktionellen Bedeutung für den Prozeß über-

¹⁴⁰⁾ Ein Überblick über die verschiedenen Ansichten findet sich bei Oertmann, ZZP 45, 389/402; weitere Literaturangaben bei Walsmann, Die Anschlußberufung, Leipzig 1928, S. 67 Anm. 4, S. 68 Anm. 1/3; Schiedermair, Prozeßvereinbarungen, S. 68 f. Anm. 59; für die Unzulässigkeit ferner Barz, Klagezurücknahmeversprechen, S. 13; Hoffmann, S. 26 ff., 34; Lempp, S. 16 f.

¹⁴¹⁾ Vgl. u. a. Baumbach-Lauterbach, § 514, 1; Bernhardt, § 45 V; de Boor, § 31 II 7; R. Bruns, § 46 V 1 f.; Lent, § 72 VII; Nikisch, § 119 II 3; Rosenberg, § 134 II 3b; Schiedermair, Prozeßvereinbarungen, S. 68 ff., 77/78; Schöнке-Schröder-Niese, § 84 IV 2; Stein-Jonas-Schöнке-Pohle, § 514 I; aus der neusten Rechtsprechung BGH NJW 1951, 275; BGHZ 2, 112 = NJW 1952, 26 = LM § 514 Nr. 1; BGH NJW 1952, 705; OLG Oldenburg NdsRpfl 1948, 192.

¹⁴²⁾ Für die bürgerlichrechtliche Natur des Vertrags u. a. Rosenberg, aaO.; Stein-Jonas-Schöнке-Pohle, aaO.; für einen Prozeßvertrag u. a. Nikisch, § 119 II 3, § 55.

¹⁴³⁾ Reichenheim, S. 18 ff.; vgl. auch Hoffmann, S. 23 f.; Rosenberg, §§ 134 II 3 a. E., 140 V; RGZ 161, 350 (353).

¹⁴⁴⁾ Vgl. Rosenberg, § 134 II 3 a. E.; Seuffert-Walsmann, § 514, 1.

einstimmen, kann *Schiedermair* darin zugestimmt werden, daß es sich um den gleichen „Rechtsmittelverzichtsvertrag“ handelt¹⁴⁵⁾, der in allen Fällen die Wirkung hat, daß der Rechtsmittelkläger des Rechtsmittels verlustig geht. Lassen sich dagegen Unterschiede feststellen, so ist es eine Frage der Auslegung im konkreten Einzelfall, welche Vertragsart gewollt ist¹⁴⁶⁾.

Für die Abgrenzung des PHbereichs ist allein die Frage der Zulässigkeit prozessualer Wirkungen von Bedeutung. Über sie entscheidet das Prozeßrecht¹⁴⁷⁾. Ob und inwieweit ein solcher Vertrag nach materiellem Recht zulässig ist und materiellrechtliche Wirkungen hervorruft, z. B. eine Schadensersatzpflicht bei Verletzung des Vertrags¹⁴⁸⁾, interessiert hier nicht¹⁴⁹⁾.

Es kommen zwei prozessuale Wirkungen in Betracht:

1. Der Vertrag hat die gleichen Wirkungen wie der einseitige dem Gegner nach Urteilserlaß erklärte Rechtsmittelverzicht: er bewirkt, daß die Befugnis zur Einlegung des Rechtsmittels erlischt und das Rechtsmittel damit unzulässig wird¹⁵⁰⁾;
2. bei vertragswidrigem Verhalten steht dem Gegner die Einrede der Arglist zu, die zur Verwerfung des Rechtsmittels führt¹⁵¹⁾.

¹⁴⁵⁾ Prozeßvereinbarungen, S. 113 Anm. 46. *Schiedermair* trennt jedoch bei den anderen Prozeßverträgen zwischen den unmittelbar prozessual wirkenden und den nur verpflichtenden Verträgen; vgl. beispielsweise für das Klagezurücknahmeversprechen, aaO. S. 175.

¹⁴⁶⁾ *Schiedermair* ist der Ansicht, daß bei den Prozeßverträgen im Zweifel die prozessuale Wirkung als die durchschlagendste von den Parteien gewollt sei; vgl. aaO. S. 115 f.

¹⁴⁷⁾ *Oertmann*, Z郑 45, 414; *Hoffmann*, S. 32 f. Daß die Motive zum Entwurf III (*Hahn* S. 351) (ebenso RGZ 70, 60; 102, 217 (221/222) und *Wach*, AcP 64, 243 Anm. 30) die Entscheidung über die Zulässigkeit dem Privatrecht zuweisen, erklärt sich aus der noch nicht durchgeführten scharfen Trennung von prozessualer und privatrechtlicher Betrachtungsweise.

¹⁴⁸⁾ Vielfach wird dem vorgängigen vertraglichen Rechtsmittelverzicht überhaupt nur eine bürgerlichrechtliche Wirkung zugesprochen; vgl. u. a. *Förster-Kann*, § 514, 1; *Kayser*, DJZ 1912, 685 f.; *Oertmann*, Z郑 45, 415 ff.; ebenso zunächst das RG, vgl. RGZ 20, 398; 36, 421; weitere Nachweise bei *Ortmann*, aaO. S. 396 f., und *Schiedermair*, aaO. S. 114 Anm. 48.

¹⁴⁹⁾ Mit Recht weist *Nikisch* darauf hin, daß sich hinter prozessual unzulässigen Abreden materiellrechtlich wirksame Verträge verbergen können; vgl. § 55 II a. E.

¹⁵⁰⁾ *Bunsen*, Z郑 35, 422 f.; *Grünebaum*, S. 51; *Kohler*, Gruch 31, 285 ff.; *Kleinfeller*, S. 502; *Walsmann*, Die Anschlußberufung, S. 72, mit einer zum Teil widerspruchsvollen Begründung, gegen die sich mit Recht *K. Blomeyer*, SächsThArchRpfl 1931, 205/206, wendet; *Weismann*, I S. 426; weitere Nachweise bei *Oertmann*, Z郑 45, 392; *Schiedermair*, aaO. S. 117, 124.

¹⁵¹⁾ *Lent*, § 72 VII; *Schönke-Schröder-Niese*, § 84 IV 2. *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 514 I, gewähren eine prozessuale Einrede, ohne diese aus dem Grundsatz von Treu und Glauben herzuleiten. Gegen die Konstruktion der Arglisteinrede *Schiedermair*, aaO. S. 124 f.

Die erstere Wirkung knüpft unmittelbar an den Vertrag an. Damit der Vertrag vom Gericht berücksichtigt wird, bedarf es freilich der Einführung der Tatsache des Vertragsabschlusses in den Prozeß. Dies geschieht in der Form der Einrede¹⁵²). Eine Berücksichtigung von Amts wegen widerspricht den Interessen des Berechtigten, dem die Freiheit bleiben muß, in die Aufhebung des Verzichtsvertrags einzuwilligen, um dem Gegner die Einlegung des Rechtsmittels doch noch zu ermöglichen¹⁵³). Das Urteil wird daher, wenn nur eine Partei den Rechtsmittelverzicht erklärt, nicht mit der Urteilsverkündung rechtskräftig¹⁵⁴). Etwas anderes gilt, wenn beide Parteien vertraglich auf die Einlegung des Rechtsmittels verzichten¹⁵⁵). Eine Aufhebung durch nachträgliche Parteivereinbarung ist nach Eintritt der Rechtskraft ebenso wenig möglich wie die Anfechtung des Vertrags¹⁵⁶). Liegt allerdings ein Restitutionsgrund vor, so wird man der berechtigten Partei die Einlegung des Rechtsmittels innerhalb der Rechtsmittelfrist gestatten müssen¹⁵⁷).

Ob man die prozessuale Wirkung des Rechtsmittelverzichtsvertrags als eine unmittelbare oder als eine nur mittelbare ansieht, hängt davon ab, wie man die beiden Wirkungsgrade voneinander abgrenzt. Nach der an Hand der unbestrittenen PHen vorgenommenen Abgrenzung, wonach eine mittelbare Wirkung dann vorliegt, wenn es zum Eintritt der innerprozessualen Wirkung noch eines weiteren Aktes der Geltendmachung bedarf, ist die Verwerfung des Rechtsmittels nur eine mittelbare Wirkung des Vertrags. Der antizipierte Rechtsmittelverzicht begründet jedoch insofern unmittelbar einen prozessualen Tatbestand, als die Befugnis zur Einlegung des Rechtsmittels im Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung erlischt, ohne daß es eines weiteren Aktes der Geltendmachung bedarf. Dieser Tatbestand ist die Grundlage für die Verwerfung des Rechtsmittels, die Einrede ist nur das Mittel, die schon bestehende prozessuale Lage dem Gericht zur Berücksichtigung zu unterbreiten.

¹⁵²) *Schiedermair*, aaO. S. 125 (mit weiteren Nachweisen S. 126 Anm. 75).

¹⁵³) *Schiedermair* lehnt die Berücksichtigung von Amts wegen ab, weil der vorgängige vertragliche Verzicht sonst eine stärkere Wirkung habe als der nachträglich erklärte einseitige Rechtsmittelverzicht (aaO. S. 126); a. A. *Seuffert-Walsmann*, § 514, 1.

¹⁵⁴) Unklar ist der Standpunkt von *Bunsen*, ZZZP 35, 422, der annimmt, daß der vorgängige vertragliche Rechtsmittelverzicht mit der Urteilsverkündung den Eintritt der materiellen, nicht aber den der formellen Rechtskraft bewirke.

¹⁵⁵) S. oben S. 168 zu Anm. 163.

¹⁵⁶) Vgl. *Schiedermair*, aaO. S. 153. Ob die Anfechtung im Hinblick auf die materiellrechtlichen Auswirkungen nach Eintritt der Rechtskraft möglich ist, braucht hier nicht erörtert zu werden.

¹⁵⁷) Vgl. OLG Nürnberg BayJMBI 1951, 207 (für den nachträglichen beiderseitigen Rechtsmittelverzicht).

Es handelt sich um eine Prozeßeinrede¹⁵⁸⁾). Entscheidend für die Verwerfung des Rechtsmittels ist der prozessuale Gehalt des mit der Einrede in das Verfahren eingeführten Tatbestandes, nicht aber der Akt der Geltendmachung.

Demgegenüber stellt die Herbeiführung des gleichen prozessualen Ergebnisses unter Zuhilfenahme des Grundsatzes von Treu und Glauben einen Umweg¹⁵⁹⁾ dar. Die Verwerfung des Rechtsmittels ist hier auf den Verstoß gegen Treu und Glauben unter dem Gesichtspunkt des *venire contra factum proprium* zurückzuführen. Es bedarf allerdings auch hier zur Herbeiführung der innerprozessualen Wirkung der Geltendmachung des Vertrags, da es dem Berechtigten freigestellt bleiben muß, der Aufhebung des Vertrags zuzustimmen.

Einer solchen Hilfskonstruktion bedarf es nicht, da die Unzulässigkeit des Rechtsmittels aus dem Verzichtsvertrag selbst hergeleitet werden kann. Inwieweit der vorgängige vertragliche Rechtsmittelverzicht zulässig ist, ist daher für die zuerst aufgezeigte Wirkung des Verlustes der prozessualen Befugnis zur Einlegung des Rechtsmittels zu untersuchen.

Die Zulässigkeit des vorgängigen Rechtsmittelverzichtsvertrags läßt sich zwingend weder mit dem Wortlaut des § 514¹⁶⁰⁾ noch mit der Parallele des Schiedsvertrags¹⁶¹⁾ noch aus der Entstehungsgeschichte¹⁶²⁾ begründen. Maßgebend kann nur sein, inwieweit die Interessen der Rechtspflege und der Parteien eine Beschränkung der prozessualen Befugnisse durch einen vertraglichen Verzicht zulassen. Dies ist für jedes Rechtsmittel und jeden Rechtsbehelf gesondert zu prüfen.

Bei dem vorgängigen Verzicht auf das Rechtsmittel der *Berufung* kommt es in erster Linie darauf an, ob sich die Parteien in ihrer Entschlußfreiheit¹⁶³⁾ bezüglich des künftigen prozessualen Verhaltens schon dann beschränken können, wenn die prozessuale Entwicklung wie beispielsweise bei einem Vertrag vor Beginn des Verfahrens noch gar nicht übersehbar ist¹⁶⁴⁾.

¹⁵⁸⁾ *Schiedermaier*, aaO. S. 126.

¹⁵⁹⁾ *Schiedermaier*, aaO. S. 124 f.; *Knecht*, S. 95.

¹⁶⁰⁾ Vgl. *Weismann*, I, S. 426; dagegen *Oertmann*, ZZP 45, S. 415 f.; *Hoffmann*, S. 29. Aus dem Wortlaut des § 514 läßt sich auch nicht die Unzulässigkeit des Rechtsmittelverzichtsvertrags folgern, wie *Dittrich*, S. 15, es will.

¹⁶¹⁾ Vgl. *Grünebaum*, S. 42 ff. Gegen diese Auffassung *Hellwig*, Prozeßhandlung, S. 90 Anm. 39; *Hoffmann*, S. 31; *Oertmann*, aaO. S. 416 f.; *Walsmann*, Die Anschlußberufung, S. 68.

¹⁶²⁾ Vgl. *Seuffert-Walsmann*, § 514, 1; dagegen *Oertmann*, aaO. S. 417 f.

¹⁶³⁾ Vgl. *Nikisch*, § 55 II 2; *Benkendorff*, S. 52; s. dazu oben S. 190 f.

¹⁶⁴⁾ *Dittrich*, S. 15 f., hält den vorgängigen Rechtsmittelverzichtsvertrag wegen des Fehlens der Übersehbarkeit für unzulässig; *Oertmann*, aaO. S. 423, hält ihn aus diesem Grunde für prozessual wirkungslos; vgl. auch *Truttermann*, Prozeßrechtsgeschäfte, S. 403.

Mit dem abstrakten Zweck des Rechtsmittels, das dem Schutz der Parteien gegen fehlerhafte Entscheidungen dient, steht eine derartige Beschränkung der Entschlußfreiheit nicht in Widerspruch. Es muß den Parteien überlassen bleiben, ob sie sich im Vertrauen auf das erstinstanzliche Gericht dessen Entscheidung von vornherein endgültig unterwerfen wollen. Gegen schwerste Verfahrensverstöße bleiben die Parteien durch die Möglichkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens geschützt. Gegen Machenschaften des Gegners ist die den Verzicht aussprechende Partei hinreichend durch die Vorschriften des bürgerlichen Rechts geschützt, die hier Anwendung finden¹⁶⁵). Durch die Anfechtung des Vertrags kann der Berechtigte seine Entschlußfreiheit wiederherstellen.

Die Parteien können sich ihrer Entschlußfreiheit jedoch nicht unbegrenzt berauben. Das verhindert das — selbständige — Erfordernis der Bestimmtheit des Vertrages. Der vorgängige vertragliche Verzicht auf das Recht der Berufung für alle in Zukunft zwischen den Parteien entstehenden Prozesse ist wegen seiner Unbestimmtheit unzulässig. Der aufgezeigte Zweck des Rechtsmittels läßt eine freiwillige Beschränkung nur dann zu, wenn die Partei sich für einen *bestimmten* Rechtsstreit der Entscheidung eines *bestimmten* erstinstanzlichen Gerichts unterwirft¹⁶⁶). In dieser Beschränkung ist der vorgängige vertragliche Verzicht auf die Berufung mit der gleichen Wirkung zulässig, wie sie dem einseitigen nachträglichen Verzicht auf die Berufung zukommt.

Für den vorgängigen vertraglichen Verzicht auf das Rechtsmittel der *Revision*¹⁶⁷) gilt bezüglich der Parteiinteressen das gleiche wie für den Verzicht auf die Berufung. Es kommt hier jedoch das öffentliche Interesse an der Rechtseinheit hinzu, die durch die Rechtsprechung des Revisionsgerichts gewahrt werden soll. Ein Ausschluß der Revision durch einen vorgängigen Verzichtsvertrag könnte in den Fällen die Rechtseinheit stören, in denen ein OLG in ständiger Rechtsprechung von der Meinung des BGH abweicht. Man würde jedoch den Zweck der Revision verkennen, wollte man den Revisionsverzichtsvertrag wegen dieser Möglichkeit für unzulässig erklären¹⁶⁸). Neben der Wahrung der Rechtseinheit steht als Zweck der Re-

¹⁶⁵) S. unten S. 214.

¹⁶⁶) Vgl. zu dieser Frage *Schiedermair*, Prozeßvereinbarungen, S. 73 f. (mit Nachweisen Anm. 71); vgl. auch *Dickhoff*, S. 51.

¹⁶⁷) Dieser wird von der h. L. für zulässig gehalten; vgl. u. a. *Lent*, § 72 VII; *Nikisch*, § 119 II 3; *Rosenberg*, § 134 II 3b; *Schiedermair*, aaO. S. 77; *Schönke-Schröder-Niese*, § 84 IV 2; a. A. *Oertmann*, ZZZ 45, 420; *Hoffmann*, S. 33 f.

¹⁶⁸) A. A. *Oertmann*, aaO.

vision das Interesse der Parteien an einer gerechten Entscheidung. Es geht nicht an, einen dieser Gesichtspunkte zu bevorzugen¹⁶⁹⁾. Es muß den Parteien unbenommen bleiben, sich von vornherein freiwillig einer bestimmten Rechtsansicht zu unterwerfen, wenn sie diese für gerechter halten als die Ansicht des Revisionsgerichts¹⁷⁰⁾. Die Rechtssicherheit, die mit der Förderung nach Rechtseinheit erstrebt wird¹⁷¹⁾, wird dadurch nicht gestört. Es stehen hier in erster Linie die Interessen der Parteien auf dem Spiel. Nach der gegenteiligen von *Oertmann* vertretenen Auffassung¹⁷²⁾ müßte auch der nachträgliche Revisionsverzicht im Falle einer von der Ansicht des BGH abweichenden Entscheidung eines OLG für unzulässig erklärt werden. Ist daher gegen die Zulässigkeit des Revisionsverzichtsvertrags an sich nichts einzuwenden, so bleibt doch fraglich, ob der außergerichtlich abgeschlossene Vertrag von dem Revisionsgericht überhaupt berücksichtigt werden darf (§ 561). Dies ist entgegen der Rechtsprechung des RG¹⁷³⁾ zu bejahen, da der Vertrag das Verfahren in der Revisionsinstanz betrifft¹⁷⁴⁾.

Für die Zulässigkeit des Verzichts auf das Recht der *Beschwerde* gelten die bisherigen Ausführungen entsprechend¹⁷⁵⁾.

Die Verweisung des § 346 auf § 514 zwingt nicht dazu, wie *Oertmann*¹⁷⁶⁾ meint, bei Bejahung der Zulässigkeit des Rechtsmittelverzichtsvertrags auch den vorgängigen vertraglichen *Einspruchsverzicht* zuzulassen. Die Frage, ob sich die Beschränkung der Entschlußfreiheit mit dem abstrakten Zweck der

¹⁶⁹⁾ *Pohle*, Revision und neues Strafrecht, Leipzig 1930, S. 83.

¹⁷⁰⁾ Vgl. *Barz*, Klagezurücknahmeversprechen, S. 70, für das Versprechen der Revisionszurücknahme.

¹⁷¹⁾ *Pohle*, aaO. S. 88.

¹⁷²⁾ S. Anm. 168.

¹⁷³⁾ Vgl. RG HRR 1934 Nr. 969; RGZ 161, 350 (353); dagegen *Baumbach-Lauterbach* § 561, 2 C, § 566, 1b. Die Auffassung des RG beruht auf der Ansicht, daß der außerprozessuale oder vorgängige vertragliche Revisionsverzichtsvertrag lediglich eine sachlichrechtliche Verpflichtung zur Erklärung des Verzichts erzeuge (vgl. RGZ 161, 353). Von diesem Standpunkt aus ist die Nichtberücksichtigung des außerprozessualen Vertrags allerdings konsequent.

¹⁷⁴⁾ Vgl. *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 561 III 2b; *Rosenberg*, § 142 II 3b; *Jonas*, JW 1936, 3543 (Anm.).

¹⁷⁵⁾ Vgl. u. a. *Nikisch*, § 127 V 3; *Rosenberg*, § 145 I 4c; a. A. *Hoffmann*, S. 35 f.

¹⁷⁶⁾ ZJP 45, 422; soweit die Zulässigkeit des vorgängigen vertraglichen Einspruchsverzichts bejaht wird, geschieht dies regelmäßig unter Hinweis auf die Regelung des Rechtsmittelverzichts; vgl. u. a. *Rosenberg*, § 106 VI 1c; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 514 I; offenbar auch *Lent*, §§ 67 II, 72 VII; vgl. auch *Schiedermair*, aaO. S. 77; für die Zulässigkeit ferner OLG Nürnberg BayJMBI 1951, 229.

betreffenden prozessualen Befugnis verträgt, kann für jeden Rechtsbehelf verschieden beantwortet werden¹⁷⁷⁾.

Ebensowenig wie bei den vorhergehenden Verträgen läßt sich die Zulässigkeit des vorgängigen Einspruchsverzichts mit der Vertragsfreiheit des BGB¹⁷⁸⁾ erklären. Für das Verfahren sind nicht die etwaigen materiellrechtlichen Wirkungen¹⁷⁹⁾, sondern nur die prozessualen von Interesse. Über ihre Zulässigkeit bestimmt allein das Prozeßrecht.

Gegenüber dem Rechtsmittelverzicht ist der vorgängige Verzicht auf den Einspruch wesentlich nachteiliger für die verzichtende Partei, da er die Klärung des Sachverhalts in einem justizförmigen Verfahren verhindert.

Der vorgängige Einspruchsverzicht bedingt an sich, daß der Verzichtende auch säumig wird. In der Regel wird daher mit dem Verzicht die Verpflichtung verbunden, ein Versäumnisurteil gegen sich ergehen zu lassen. Eine derartige Verpflichtung ist aber wegen der unangemessenen Beschränkung der prozessualen Befugnisse einer Partei vom prozessualen Standpunkt aus unzulässig¹⁸⁰⁾. Grundlage des Versäumnisurteils ist es, daß die säumige Partei hätte erscheinen können¹⁸¹⁾, daß es in ihrer Macht lag, zu kommen oder fernzubleiben. Diese Grundlage fehlt, wenn die säumige Partei durch einen Vertrag gebunden war. Die prozessuale Unzulässigkeit einer solchen vertraglichen Verpflichtung erstreckt sich auch auf den mit ihr verbundenen Einspruchsverzicht, da es sonst der Partei, die in der Regel erst nach Zustellung des Versäumnisurteils erkennt, daß sie sich zu Unrecht ihrer prozessualen Befugnisse begeben hat, nicht mehr möglich wäre, die Wirkungen der Säumnis zu beseitigen. § 513 findet keine Anwendung, da trotz der prozessual wirkungslosen Vereinbarung ein Fall der Versäumung vorliegt.

¹⁷⁷⁾ Vgl. *Nikisch*, § 55 II 3, der den Einspruchsverzichtsvertrag im Gegensatz zum Rechtsmittelverzichtsvertrag für prozessual wirkungslos hält, vgl. § 76 VI 6; für die Unzulässigkeit ferner *Bunsen*, ZJP 35, 422 Anm. 30; *Kohler*, Gruch 31, 288; *Oertmann*, ZJP 45, 421; *Reichenheim*, S. 34 f.; *Schmid*, Gruch 58, 368 f.; *Seuffert-Walsmann*, § 346, 1; *Hoffmann*, S. 33.

¹⁷⁸⁾ A. A. *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 346 II.

¹⁷⁹⁾ Privatrechtliche Wirkungen nehmen *Förster-Kann*, § 346, 1, und *Baumbach-Lauterbach*, § 346, 1, an. Diese vertreten die Auffassung, der Verichtsvertrag verpflichte zur Zurücknahme des Einspruchs bei Meidung der Ersatzpflicht. Gegen den Eintritt privatrechtlicher Wirkungen *Reichenheim*, S. 35; vgl. auch *Dittrich*, S. 18 f.

¹⁸⁰⁾ So die h. L.; vgl. u. a. *Hellwig*, Prozeßhandlung, S. 89 Anm. 35; *Nikisch*, §§ 55 II a. E., 76 VI 6; *Oertmann*, ZJP 45, 421; *Rosenberg*, § 106 I 3; *Truttermann*, Prozeßrechtsgeschäfte, S. 420 f.; a. A. *Kohler*, Gruch 31, 298; Der Prozeß als Rechtsverhältnis, Mannheim 1888, S. 40. *Kohler* hält jedoch den vorgängigen Verzicht auf den Einspruch für unzulässig; vgl. oben Anm. 177.

¹⁸¹⁾ Vgl. *Lent*, § 66 I a. E.

Ist der Einspruchsverzicht ausnahmsweise alleiniger Inhalt des Vertrages, so liegt der Verdacht nahe, daß die eine Partei auf die Vergeßlichkeit der andern spekuliert. Mit Recht lehnt *Kohler*, der sonst in weitem Umfange prozeßrechtliche Verträge zuläßt, den antizipierten vertraglichen Einspruchsverzicht ab, weil der Einspruch ein Hilfsmittel ist, „welches den großen Gefahren des Versäumnisprozesses begegnen soll“¹⁸²⁾. Der vorgängige Verzicht kann auch nicht dann zugelassen werden, wenn es sich „um ein bestimmtes Versäumnisurteil mit vorausgesehenem *bestimmten* Inhalt“¹⁸³⁾ handelt. Auch in diesem Fall wird die Partei in der Ausübung ihrer prozessualen Befugnisse in einer dem Zweck des Versäumnisverfahrens widersprechenden Weise eingeschränkt. Will eine Partei dem Gegner einen Vollstreckungstitel ohne ein streitiges Verfahren verschaffen, so steht ihr in weitem Umfang der Weg des § 794 Ziff. 5 offen.

Die prozessuale Unzulässigkeit des Einspruchsverzichtsvertrags vor Erlaß des Versäumnisurteils steht dem Eintritt privatrechtlicher Wirkungen des Vertrags nicht entgegen. Diese sind allein nach bürgerlichem Recht zu beurteilen. So kann in dem Vertrag beispielsweise ein Schuldanerkennntnis enthalten sein. Das ist eine Frage der Auslegung des Einzelfalles. Einer Stellungnahme zu der Frage, ob die vertragswidrige Einlegung des Einspruchs zum Schadensersatz verpflichtet, bedarf es hier nicht, da es für die Abgrenzung des PHbereichs nur auf die prozessualen Wirkungen ankommt.

Aus den für den Einspruchsverzicht dargelegten Gründen ist auch der vorgängige vertragliche Verzicht auf den *Widerspruch* gegen einen Zahlungsbefehl oder auf den Einspruch gegen einen Vollstreckungsbefehl — selbst dann, wenn sein Inhalt genau bestimmt wäre, — prozessual unzulässig¹⁸⁴⁾.

Der vor Erlaß des Urteils abgeschlossene vertragliche Verzicht auf die Geltendmachung bestimmter Nichtigkeits- oder Restitutionsgründe oder auf die Befugnis zur *Wiederaufnahme des Verfahrens* überhaupt wird, soweit zu übersehen ist, von keiner Seite für zulässig gehalten¹⁸⁵⁾. Abgesehen davon, daß ein solcher Vertrag gegen die guten Sitten verstößt, weil er ein gesetzwidriges Verfahren und unter Umständen sogar strafbare Handlungen bil-

¹⁸²⁾ Gruch 31, 288.

¹⁸³⁾ So *Weismann*, I S. 412 Anm. 7.

¹⁸⁴⁾ *Hellwig*, Prozeßhandlung, S. 89; *Reichenheim*, S. 35 Anm. 29; *Rosenberg*, § 160 III 6a; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 694 II.

¹⁸⁵⁾ Vgl. u. a. *Kohler*, Gruch 31, 289 Anm. 22; *Seuffert-Walsmann*, Bem. 3 vor § 578; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, Bem. VI vor § 578 (mit weiteren Nachweisen); *Hoffmann*, S. 36.

ligt¹⁸⁶), würde die Partei, wollte man einen derartigen Vertrag zulassen, jeder Garantie für die Justizförmigkeit des Verfahrens beraubt. Dieser Vertrag kann daher gem. § 138 BGB auch keine materiellrechtlichen Wirkungen haben.

Danach ist mit dem Zweck der betreffenden prozessualen Befugnisse nur der vorgängige vertragliche Verzicht auf die Rechtsmittel der Berufung, der Revision und der Beschwerde vereinbar. Dem Vertrag kommt die gleiche prozessuale Wirkung zu wie dem einseitigen nachträglichen Verzicht. Damit ist aber nicht gesagt, daß er auch die gleiche Rechtsnatur hat. Die Rechtsprechung¹⁸⁷) und wohl überwiegend auch die Lehre¹⁸⁸) nehmen mit Rücksicht auf die bürgerlichrechtliche Ausgestaltung des Tatbestandes an, daß es sich um einen bürgerlichrechtlichen Vertrag mit prozessualen Wirkungen handelt.

Die Ausgestaltung des Tatbestands unterliegt freilich — wenigstens zum größten Teil — den Vorschriften des bürgerlichen Rechts.

Wie aufgezeigt, ist eine Einschränkung der Entschlußfreiheit durch den vorgängigen Verzicht auf ein Rechtsmittel nur mit bestimmten Kautelen für zulässig zu halten. Dazu gehört auch, daß der Verzichtende bei Vorliegen von Willensmängeln geschützt wird. Da die Bindungswirkung des Vertrags den einseitigen Widerruf, wie er bei den PHen in der Regel möglich ist, verbietet¹⁸⁹), ist die Anwendung der bürgerlichrechtlichen Vorschriften über die Willensmängel nicht nur zweckmäßig, sondern erforderlich, um eine derartige Beschränkung der Partei in ihrer Freiheit bezüglich der Wahl der prozessualen Mittel rechtfertigen zu können. Der Vertrag kann bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist angefochten werden¹⁹⁰), es sei denn, daß vorher die Rechtskraft eingetreten ist¹⁹¹).

Die Zulassung von Bedingungen ist beim Rechtsmittelverzichtsvertrag unschädlich. Daß damit die prozessuale Lage bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist eventuell unklar bleibt, berührt nicht die Interessen der Rechtspflege.

¹⁸⁶) *Seuffert-Walsmann*, aaO.

¹⁸⁷) RGZ 70, 60 f.; 102, 221; 104, 135.

¹⁸⁸) Vgl. u. a. *Baumbach-Lauterbach*, § 514, 1 („sachl.-rechtl. Rechtsgeschäft über proz. Beziehungen“); *R. Bruns*, § 46 V 1 f.; *Deinhardt*, S. 70 f.; *Pollak*, Grünh 18, 72; *Rosenberg*, § 134 II 3b; a. A. u. a. *Nikisch*, § 119 II 3, § 55; *Schiedermair*, Prozeßvereinbarungen, S. 166 ff.; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 514 I, Bem. V 6d vor § 128, die den außerhalb des Prozesses abgeschlossenen, nach Prozeßrecht zulässigen Vereinbarungen der Parteien prozessuale Natur zusprechen.

¹⁸⁹) *Schiedermair*, aaO. S. 149.

¹⁹⁰) *Walsmann*, AcP 102, 209; *Knecht*, S. 117.

¹⁹¹) S. oben S. 208 zu Anm. 156.

Zum Schutze der Rechtspflege gegen unlautere Machenschaften ist auch die Anwendbarkeit des § 138 BGB, der sonst für PHen nicht gilt¹⁹²⁾, geboten¹⁹³⁾.

Als persönliche Handlungsvoraussetzung ist Prozeßfähigkeit zu fordern¹⁹⁴⁾, da der Rechtsmittelverzichtsvertrag die Prozeßführung als solche betrifft. Wenn es dem beschränkt Geschäftsfähigen verwehrt ist, mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters einen Prozeß zu führen, so kann ihm auch nicht die Macht verliehen werden, auf dem Umweg über einen außerprozessualen Vertrag Einfluß auf die Prozeßführung zu nehmen.

Seiner funktionellen Bedeutung nach kommt dem Vertrag ein rein prozessualer Charakter zu. Er dient nicht der Gestaltung der materiellen Rechtslage, sondern ist ein Mittel der Verfahrensgestaltung, indem er mit Einführung in das Verfahren die Nachprüfung der erstinstanzlichen Entscheidung verhindert. Er ist vergleichbar mit den unbestrittenen PHen, denen die normal-typische Funktion der Verhinderung des Sachurteils zukommt¹⁹⁵⁾. Für die rein prozessuale Funktion sprechen auch die sachliche und zeitliche „Nähe“¹⁹⁶⁾ zum Verfahren. Der sachliche Zusammenhang ergibt sich bereits aus dem Inhalt des Vertrags. Von dem umstrittenen materiellen Rechtsverhältnis, zu dessen Durchsetzung er beiträgt, hebt sich der prozessuale Vertrag deutlich ab. Es kommt ihm eine selbständige Bedeutung zu, mag er auch mit einem materiellrechtlichen Vertrag verbunden sein. Ist dieser nichtig, so findet § 139 BGB entsprechende Anwendung¹⁹⁷⁾. Die zeitliche „Nähe“ zum Verfahren zeigt sich daran, daß der Vertrag im Normalfall während eines anhängigen Rechtsstreits geschlossen wird, wenn dies auch nicht Voraussetzung für seine Wirksamkeit ist.

Zusammenfassung: Unterscheidet sich der vorgängige Rechtsmittelverzichtsvertrag von den unbestrittenen einseitigen PHen auch dadurch, daß ihm nur eine mittelbare innerprozessuale Wirkung zukommt, so spricht doch der rein prozessuale Charakter der Wirkung und der Funktion trotz der

¹⁹²⁾ Vgl. Baumgärtel, ZZP 69, 124 ff.

¹⁹³⁾ Vgl. Stein-Schönke-Jonas-Pohle, Bem. V 7d vor § 128; Schiedermair, aaO. S. 145; Knecht, S. 105; Dickhoff, S. 77; RG JR 1927 Nr. 651 mit zahlreichen Nachweisen.

¹⁹⁴⁾ Schiedermair, aaO. S. 141.

¹⁹⁵⁾ Damit soll der Prozeßeinrede, die der Einführung des Vertrages in den Prozeß dient, nicht der Charakter einer prozeßhindernden Einrede zugesprochen werden. Unter diesen Begriff fallen nur die Einreden des § 274; vgl. dazu Grünbaum, S. 51; Schiedermair, aaO. S. 127; Dickhoff, S. 64.

¹⁹⁶⁾ S. dazu oben S. 98 f.

¹⁹⁷⁾ Die unten zum Prorogationsvertrag gemachten Ausführungen über die Anwendbarkeit des § 139 BGB gelten hier entsprechend; s. unten S. 227 ff.

teilweisen Ausgestaltung des Tatbestands nach den Regeln des bürgerlichen Rechts für die prozessuale Natur dieses Vertrags. Unter dem Gesichtspunkt der Abgrenzung der PHen von den Rechtsgeschäften des bürgerlichen Rechts unterscheidet sich der Rechtsmittelverzichtsvertrag von den unbestrittenen PHen jedoch durch die Ausgestaltung des Tatbestands. Dagegen kommt dem Vertrag funktionell die gleiche Bedeutung zu wie den unbestrittenen PHen. Unter dieser Fragestellung könnte er ohne weiteres in den PHbereich einbezogen werden.

III. Der Rechtsmittelverzichtsvertrag nach Urteilsverkündung

Die Überlegungen, die für die Zulässigkeit des vorgängigen Rechtsmittelverzichtsvertrags und seine prozessuale Natur sprechen, gelten auch für den nach der Urteilsverkündung abgeschlossenen Vertrag¹⁹⁸). Hier entfallen die Bedenken, die sich aus der Beschränkung der Entschlußfreiheit ergeben, da die prozessuale Lage nach der Urteilsverkündung übersehbar ist.

IV. Der außergerichtliche Vergleich

Es mag zunächst befremdlich erscheinen, daß der außergerichtliche Vergleich hier überhaupt in den Kreis der Betrachtung gezogen wird. Soweit durch den Vergleich das umstrittene Rechtsverhältnis zwischen den Parteien geregelt wird, kommt ihm lediglich eine materiellrechtliche Wirkung zu. Der außergerichtliche Vergleich hat im Gegensatz zum Prozeßvergleich keinerlei — auch nicht mittelbare — verfahrensgestaltende Wirkungen. Von ihm wird lediglich die materielle Rechtslage betroffen. Er ist kein Prozeßvertrag. Das sollte selbstverständlich sein. Trotzdem hat die Rechtsprechung der außergerichtlichen vergleichweisen Erledigung des streitigen Anspruchs eine mittelbare prozessuale Wirkung zugesprochen, indem sie die Fortsetzung des Verfahrens vom Vergleichsabschluß an auf Einrede hin für „unstatthaft“ erklärt¹⁹⁹). Hierbei wird offensichtlich nicht klar genug zwischen dem außergerichtlichen Vergleich, der lediglich das streitige materielle Rechtsverhältnis

¹⁹⁸) Dieser wird allgemein für zulässig gehalten; vgl. u. a. *Grünebaum*, S. 22; *Rosenberg*, § 134 II 3 b; *Schönke-Schröder-Niese*, § 84 IV 2; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 514 II 2; *Walsmann*, Die Anschlußberufung, S. 72; *Förster-Kann*, § 514, 2, sprechen dem Vertrag lediglich materiellrechtliche Wirkungen zu.

¹⁹⁹) RGZ 142, 1 = JW 1934, 92 (mit ablehnender Anm. von *Lent*); bestätigt in RG JW 1937, 1062 und RGZ 161, 353; vgl. auch OLG München ZZP 53, 285 f. (mit zustimmender Anm. von *Friedländer*).

§ 26. Prozeßverträge während eines anhängigen Verfahrens

betrifft, und demjenigen, der außerdem eine Abmachung über die Beendigung des anhängigen Rechtsstreits enthält, unterschieden.

Im ersteren Falle ist die Rechtslage — vom prozessualen Standpunkt aus gesehen — keine andere als bei einer Erledigung durch Erfüllung, Erlaß usw. Die Änderung der materiellen Rechtslage allein hat keinen Einfluß auf das Verfahren²⁰⁰). Mit der sachlichen Erledigung des materiellen Anspruchs entfällt auch nicht etwa das Rechtsschutzbedürfnis für die Fortsetzung des Verfahrens²⁰¹), da der außergerichtliche Vergleich weder vollstreckbar noch der Rechtskraft fähig ist²⁰²). Steht dem Kläger auf Grund des Vergleichs der Anspruch nicht mehr zu, so ist, falls der Kläger eine Erledigungserklärung nicht abgibt und der Vergleich als Prozeßstoff in den Prozeß eingeführt worden ist, die Klage als unbegründet abzuweisen. Die Auffassung von der Unzulässigkeit des weiteren Verfahrens läßt sich auch nicht damit begründen, daß die Parteien mit der sachlichen Erledigung des Streites gleichzeitig die prozessuale Beendigung des Prozesses herbeiführen wollten²⁰³). Mit Recht weist *Lent* darauf hin, daß die Klärung der materiellen Rechtslage durch den außergerichtlichen Vergleich nicht den Schluß zuläßt, der Kläger wolle auf Rechtskraft und Vollstreckbarkeit verzichten²⁰⁴). Aus der Tatsache der sachlichen Erledigung des Streites läßt sich auch nicht entnehmen, welche Form der Verfahrensbeendigung gewollt ist²⁰⁵). Das schließt nicht aus, daß sich im Einzelfall durch Auslegung des Vergleichs eine stillschweigende Vereinbarung, den Prozeß in bestimmter Weise, z. B. durch Klagezurücknahme, zu beenden, feststellen läßt²⁰⁶). Eine Vermutung für einen prozessualen Streitbeendigungswillen, wie sie *Alberti*²⁰⁷) annimmt, besteht jedoch nicht. Ohne eine ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung über die Prozeßbeendigung hat der

²⁰⁰) *Lent*, JW 1934, 92 ff. (Anm.); *Rothe*, JW 1934, 658; *Matzke*, S. 23 f., 30; *Schmidt*, JW 1934, 1886 f.

²⁰¹) A. A. OLG München ZZP 53, 286.

²⁰²) Vgl. *Schwarzer*, S. 76.

²⁰³) Diese Überlegung liegt offenbar dem Urteil des RG JW 1934, 92, zugrunde.

²⁰⁴) JW 1934, 94.

²⁰⁵) *Lent*, aaO. S. 93; *Matzke*, S. 25.

²⁰⁶) Zeigen die Parteien dem Gericht den Abschluß des Vergleichs an, so ist die Anzeige in der Regel als beiderseitige Erledigungserklärung aufzufassen. Es kann sich aber auch um die Einführung des Vergleichs als Prozeßstoff handeln. Im Zweifelsfall hat das Gericht den Parteiwillen gem. § 139 zu klären; vgl. *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 91 a II 3.

²⁰⁷) JW 1934, 1137; dagegen *Schmidt*, JW 1934, 1886 f.

Vergleich keinen Einfluß auf den Verfahrensgang²⁰⁸⁾). Daß der außergerichtliche Vergleich Grundlage für die prozessuale Erledigungserklärung sein kann, ändert nichts an seiner rein bürgerlichrechtlichen Rechtsnatur.

Wird dagegen in dem Vergleich auch die Frage der Verfahrensbeendigung geregelt, so ist die Möglichkeit einer, wenn auch vielleicht nur entfernt mittelbaren Einflußnahme auf das Verfahren nicht von der Hand zu weisen. In Betracht kommen Vereinbarungen über die Klage- oder Rechtsmittelzurücknahme, die Erledigungserklärung und den Abschluß eines Prozeßvergleichs. Daß diese Vereinbarungen sich von den Prozeßverträgen durch ihre charakteristische Verpflichtungswirkung unterscheiden, wird später zu zeigen sein^{208a)}). Daraus folgt dann auch, daß der außergerichtliche Vergleich durch die Aufnahme solcher Vereinbarungen seine bürgerlichrechtliche Natur nicht verliert.

§ 27. Prozeßverträge, die in der Regel vor Beginn des Verfahrens abgeschlossen werden

I. Der Prorogationsvertrag

1. Eine einheitliche Ansicht über die Rechtsnatur dieses Vertrages hat sich bisher nicht bilden können. Nach der privatrechtlichen Theorie bestimmen sich die Wirkung und die Zulässigkeit nach Prozeßrecht, während die Ausgestaltung des Tatbestands den Regeln desjenigen Rechtsgebiets folgt, dem das streitige materielle Rechtsverhältnis angehört²⁰⁹⁾). Nach der extrem prozessualen Theorie untersteht der Vertrag sowohl hinsichtlich der Wirkungen als auch der Voraussetzungen allein dem Prozeßrecht²¹⁰⁾). Die Vertreter der vermittelnden Theorie bejahen zwar die prozessuale Rechtsnatur des Ver-

²⁰⁸⁾ Eine andere, hier nicht zu behandelnde Frage ist es, ob dem außergerichtlichen Vergleich *kostenrechtlich* eine streitbeendigende Funktion zukommt; vgl. KG JW 1936, 3086.

^{208a)} S. unten S. 273 ff.

²⁰⁹⁾ Rosenberg, Stellvertretung, S. 100; Lb., § 36 I 1, § 59, 2a; vgl. ferner Deinhardt, S. 60 ff.; Neuner, S. 110 f.; Niese, Prozeßhandlungen, S. 83, 85, 150; Siegert, Prozeßhandlungen, S. 23.

²¹⁰⁾ Vgl. u. a. Baumbach-Lauterbach, § 38, 2 A; Hellwig, Lb., 2, 277; Syst. I, S. 131; Prozeßhandlung, S. 44; Kohler, Gruch 31, 292 f.; Lent, § 29 IV; Schönke-Schröder-Niese, §§ 31 I, 41 III 2; Werner, Grünh 41, 467; RGZ 159, 255 (für die Frage der Auslegung); offenbar auch Goldschmidt, S. 473 Anm. 2512, und Sauer, Prozeßrechtslehre, § 9 II 2 und 3.

trags, wenden aber auf die Ausgestaltung des Tatbestands die Vorschriften des bürgerlichen Rechts unmittelbar²¹¹⁾ oder analog²¹²⁾ an.

Die früher häufig vertretene Auffassung, daß zwischen dem während des anhängigen Verfahrens und dem vor Eintritt der Rechtshängigkeit abgeschlossenen Prorogationsvertrag zu unterscheiden sei²¹³⁾, findet sich jetzt nur noch selten²¹⁴⁾. Auch die Ansicht, daß es sich nicht um einen Vertrag, sondern um zwei übereinstimmende, für das Gericht bestimmte Parteierklärungen handle²¹⁵⁾, hat sich nicht durchsetzen können. Auch wenn die Zuständigkeitsvereinbarung vor Gericht abgeschlossen wird, besteht sie nicht aus zwei gleichlautenden Erklärungen an das Gericht mit dem Ziel, diesem ein Vorgehen zu ermöglichen, sondern aus einem Austausch von Willenserklärungen, durch die sich die Parteien gegenseitig bestimmte prozessuale Befugnisse gewähren. Die Zuständigkeitsvereinbarung ist ein echter Vertrag²¹⁶⁾.

2. Da die grundsätzliche *Zulässigkeit* des Prorogationsvertrags nach der gesetzlichen Regelung feststeht, braucht zur Klärung der Rechtsnatur dieses Vertrags auf die — vor allem früher — umstrittene Frage, wieweit die Zuständigkeitsvereinbarung im einzelnen zulässig ist, nicht näher eingegangen zu werden. Mit der h. L.²¹⁷⁾ ist nicht nur die Begründung der Zuständigkeit eines an sich unzuständigen ordentlichen Gerichts — auch eines ausländischen — sowohl unter Ausschließung als auch unter Beibehaltung der gesetzlichen Zuständigkeit²¹⁸⁾ für zulässig zu halten, sondern auch die bloße Ausschließung

²¹¹⁾ So offenbar *Hoffmann*, S. 23.

²¹²⁾ Vgl. u. a. *Nikisch*, § 25 II 2; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, Bem. V 6 d vor § 128; *Gradhandt*, S. 79; *Walsmann*, AcP 102, 207; *Jürgens*, S. 42 f., teilt in Anlehnung an *Oertmann* (ZZP 45, 403) den Tatbestand dem Privatrecht und die Wirkung dem Prozeßrecht zu. *Schnorr von Carolsfeld* bezeichnet die Zuständigkeitsvereinbarung als einen „Prozeßvertrag“ (Arbeitsrecht, 2. Aufl., Göttingen 1954, S. 465).

²¹³⁾ Vgl. u. a. *Walsmann*, aaO. S. 207.

²¹⁴⁾ Vgl. *Krusch*, Vergleich, S. 85, 87; *Wieczorek*, § 38 IV C.

²¹⁵⁾ *Sperl*, Vereinbarung der Zuständigkeit und Gerichtsstand des Erfüllungsortes, Graz 1897, S. 115, nimmt an, daß „zwei nach Zweck und Inhalt übereinstimmende prozessuale Akte“ vorlägen, mit denen sich die Parteien demselben Gericht unterwerfen.

²¹⁶⁾ Vgl. für alle *Schiedermair*, aaO. S. 24 f.

²¹⁷⁾ Vgl. für alle *Rosenberg*, § 36 I 2, 3.

²¹⁸⁾ Es ist eine Frage der Auslegung, was die Parteien wollen. Soll der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung ausgeschlossen werden, so muß dies im Vertrag eindeutig zum Ausdruck kommen. Im Zweifel ist ein solcher Wille nicht anzunehmen (vgl. OLG Hamburg MDR 1949, 368; LG Essen JR 1950, 538). Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß dies eine unnatürliche Zerreißung des Prozeßstoffes bedeute (so OGH BrZ NJW 1950, 385). Es kommt hier allein auf den Parteiwillen an. Die Parteien werden beim Abschluß des Vertrags in der Regel nur an Vertragsverletzungen, nicht aber an deliktische Handlungen des Vertragspartners denken.

der Zuständigkeit eines Gerichts ist möglich²¹⁹⁾). Die Ausschließung sämtlicher Zuständigkeiten entspricht sachlich der Vereinbarung der Unklagbarkeit²²⁰⁾.

Der Schutz desjenigen Vertragspartners, der durch die Zuständigkeitsvereinbarung benachteiligt ist, erfordert, daß nur die Zuständigkeit eines *bestimmten* Gerichts begründet oder ausgeschlossen werden kann. Die Partei muß wissen, vor welchem Gericht sie ihr Recht suchen oder verteidigen muß. Eine Vereinbarung mit dem Inhalt, daß der Wohnsitz eines künftigen Zessionars für die Zuständigkeit maßgebend sein soll, ist daher nicht zulässig²²¹⁾. Hiergegen kann nicht eingewandt werden, daß bei dem gesetzlichen Gerichtsstand die gleiche Unsicherheit bestehe, da die Zuständigkeit wegen der Möglichkeit eines Umzuges des Schuldners niemals von vornherein feststehe²²²⁾. Die Interessenlage ist hier eine ganz andere. Zum Schutze des Beklagten muß beim gesetzlichen Gerichtsstand eine derartige Unsicherheit in Kauf genommen werden. Bei der Zuständigkeitsvereinbarung dagegen würde durch eine

²¹⁹⁾ Zu der Frage, ob es de lege ferenda empfehlenswert ist, die Zulässigkeit der Zuständigkeitsvereinbarung einzuschränken, wie es immer wieder vorgeschlagen wird (vgl. u. a. *Ehrenzweig*, Grünh 18, 241 (1891); Entwurf einer Zivilprozeßordnung, Berlin, Leipzig 1931 im (folgenden abgekürzt: Entw. 1931) § 41; *Rosenberg*, ZJP 57, 206 ff.; *Heilberg*, ZJP 57, 448 ff.; *Schiedermair*, Prozeßvereinbarungen, S. 87 ff.; *Gradhandt*, S. 17 ff.; *Maurach*, JW 1936, 146 ff.; *Bruniecki*, JW 1938, 1790 f.; *Lent*, § 11 III; *Schmidt*, MDR 1949, 159; *Lipschitz*, DRichtZ 1954, 237; *Ewald*, MDR 1955, 69) braucht hier nicht abschließend Stellung genommen zu werden. Es erscheint jedoch nicht ratsam, den Prorogationsvertrag ganz abzuschaffen (vgl. *Rosenberg*, aaO., *Heilberg*, aaO., zum Entw. 1931). Eine derartige gesetzgeberische Maßnahme ließe sich nicht damit begründen, daß fast nie ein beiderseitiges sachliches Interesse an der Zuständigkeit eines bestimmten Gerichts bestehe (so *Heilberg*, aaO. S. 450). Beispielsweise ist bei einer Zuständigkeitsvereinbarung innerhalb eines Tarifvertrags gem. § 48 Abs. 2 ArbGG ein beiderseitiges Interesse an einer gleichmäßigen Auslegung durch das vereinbarte ArbG (vgl. *Schnorr v. Carolsfeld*, aaO. S. 467) vorhanden. Die Zulässigkeit des Prorogationsvertrags kann im übrigen nicht von einem gleichmäßigen Interesse beider Parteien abhängig gemacht werden. Das Nachgeben der einen Partei kann durchaus eine Gegenleistung im Rahmen des mit dem Prorogationsvertrag verbundenen Kaufvertrags usw. darstellen. Für die Frage der Zulässigkeit kann allein entscheidend sein, inwieweit der wirtschaftlich Schwache des Schutzes gegen eine Ausnutzung bedarf (vgl. die Ausführungen von *Rosenberg*, aaO.). Von besonderer Bedeutung ist diese Frage bei den Abzahlungsgeschäften. Es müßte eine Form gefunden werden, durch welche der Käufer auf die Rechtsfolgen der Zuständigkeitsvereinbarung aufmerksam gemacht wird. So macht *Gradhandt* (S. 78) den Vorschlag, neben einer gesonderten Urkunde eine schriftliche Belehrung über die Rechtsfolgen vorzuschreiben. Eine Ausnahme könnte bei zweiseitigen Handelsgeschäften gemacht werden. Daneben käme eine dem § 1025 Abs. 2 entsprechende Vorschrift in Betracht (vgl. *Lent*, aaO.; *Schmidt*, aaO.; *Schiedermair*, aaO. S. 90).

²²⁰⁾ Vgl. *Schiedermair*, aaO. S. 93.

²²¹⁾ LG Kiel NJW 1955, 995.

²²²⁾ OLG Hamm NJW 1955, 995.

solche Unsicherheit die an sich schon schlechtere Position des durch die Vereinbarung Benachteiligten noch mehr geschwächt. Der Grund für die prozessuale Unbeachtlichkeit eines Prorogationsvertrags, in dem eine bestimmte Angabe über das zuständige oder das ausgeschlossene Gericht nicht enthalten ist, ist jedoch nicht in der sittenwidrigen Ausnutzung der wirtschaftlich schlechteren Situation des Vertragspartners zu sehen, wie das LG Dortmund meint²²³), sondern liegt in der Unbestimmtheit des Vertragsinhalts.

3. Die Wirkung sowohl der positiven als auch der negativen Zuständigkeitsvereinbarung ist eine rein prozessuale. Sie besteht in der Begründung bzw. in dem Verlust der Zuständigkeit²²⁴). Für den Eintritt dieser Wirkungen kommt es nicht darauf an, ob der Prozeß bereits anhängig ist oder nicht. Inhalt des Prorogationsvertrags sind nur diese Wirkungen. Mit der Begründung der Zuständigkeit entsteht für den Berechtigten die prozessuale Befugnis, vor dem vereinbarten Gericht zu klagen, während der Gegner seine Einredebefugnis verliert. Beim negativen Kompetenzvertrag entsteht umgekehrt für den Berechtigten eine Einredebefugnis, während der Gegner die Befugnis, vor dem bisher zuständigen Gericht zu klagen, verliert. Diese Rechtsfolgen treten ein, ohne daß sie ausdrücklich zum Gegenstand des Vertrags gemacht zu werden brauchen. Die Zuständigkeitsvereinbarung begründet demnach im Verhältnis zwischen den Parteien einen Rechtszustand, der sich allein auf den Prozeß bezieht²²⁵), und nicht die bloße Verpflichtung, vor dem vereinbarten Gericht zu klagen bzw. die Einrede der Unzuständigkeit zu unterlassen²²⁶).

Hat die Wirkung des Prorogationsvertrags auch rein prozessualen Charakter, so kann dieser Vertrag doch nicht ohne weiteres zum PHbereich gezogen werden. Um die innerprozessualen Wirkungen zu erzeugen, die den unbestrittenen zum Begriffskern gehörenden PHen eigen sind, ist noch ein weiterer Akt, nämlich die Einführung in den Prozeß, erforderlich. Im Vergleich zu den unbestrittenen PHen hat der Prorogationsvertrag nur eine mittelbare verfahrensgestaltende Wirkung²²⁷). Der Eintritt der innerprozes-

²²³) MDR 1955, 112.

²²⁴) Vgl. u. a. *Nikisch*, § 55 II 2; *Rosenberg*, § 36 I 4.

²²⁵) *Hellwig*, Syst. I, S. 131. *Bülow* verneint demgegenüber, daß die künftigen Parteien sich vor Beginn des Prozesses gegenseitig „prozessualische Rechte“ zustehen könnten. Er sieht die Bedeutung der Zuständigkeitsbestimmung lediglich darin, daß für den künftigen Prozeß eine besondere „konkrete Prozeßrechtsbestimmung“ geschaffen werde.

²²⁶) A. A. *Köst*, *SächsThArchRpfl* 1935, 147; wie hier *Barz*, aaO. S. 44; *Deinhardt*, S. 69; *Ehrenzweig*, *Grünh* 18, 241; *Gradhandt*, S. 24; *Hellwig*, aaO.; *Rosenberg*, § 36 I 4; *Schwalbach*, *AcP* 64, 293.

²²⁷) *Rosenberg* lehnt aus diesem Grund den PHcharakter des Prorogationsvertrags ab (Stellvertretung, S. 64 f.); ihm folgend *Deinhardt*, S. 62 ff.

sualen Wirkungen ist aber nicht allein auf den formalen Akt der Geltendmachung zurückzuführen²²⁸⁾. In erster Linie ist es die auf dem geltendgemachten Vertrag beruhende Zuständigkeitsregelung, die es bewirkt, daß das Sachurteil ermöglicht oder verhindert wird.

Demgegenüber ist *Deinhardt* der Ansicht, daß allein der Akt der Geltendmachung die verfahrensgestaltende Wirkung erzeuge²²⁹⁾. Muß er auch einräumen, daß schon der außerhalb des Verfahrens abgeschlossene Prorogationsvertrag „den wesentlichen, die Zuständigkeit regelnden Tatbestand schafft und daher prozessuale Wirkungen auslöst“²³⁰⁾, so will er doch diesem Vertrag keine weitergehende Bedeutung zugestehen als den anderen außerprozessualen Parteivereinbarungen, „die zwar das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien in einer für den Verlauf des Verfahrens wesentlichen Weise gestalten, doch erst dann im Prozeß zur Auswirkung gelangen, wenn sie als eine geschehene Tatsache dort eingeführt werden“, wie es beispielsweise für den vor Beginn des Prozesses abgeschlossenen privatrechtlichen Vergleich gelte²³¹⁾. Eine derartige rein formale Betrachtungsweise ist abzulehnen. Die Geltendmachung hat lediglich die Aufgabe, die Tatsache des Vertragsabschlusses in den Prozeß einzuführen, damit das Gericht den bereits *eingetretenen* Rechtszustand berücksichtige²³²⁾. Dieser Rechtszustand, der eine unmittelbare Folge des Vertrags ist, betrifft in keiner Weise die materielle Rechtslage, sondern bezieht sich allein auf das Verfahren. Für die Frage, ob ein Sachurteil ergehen kann oder ob die Klage wegen fehlender Zuständigkeit abzuweisen ist, kommt es allein auf die mit dem Vertrag geschaffene Zuständigkeitsregelung an. Der Akt der Geltendmachung ist für die Entscheidung lediglich insofern von Bedeutung, als die Justizförmigkeit des Verfahrens in Frage steht. Das Gericht darf die Vereinbarung nicht berücksichtigen, solange die Tatsache des Abschlusses des Vertrags nicht Prozeßstoff geworden ist. Eine darüber hinausgehende Bedeutung für das Verfahren ist dem Akt der Geltendmachung nicht zuzusprechen.

Hierbei besteht kein Unterschied zwischen dem außerhalb des Verfahrens und dem vor Gericht abgeschlossenen Vertrag. Wird die Zuständigkeit in der mündlichen Verhandlung vereinbart, so ergibt sich die Geltendmachung aus dem konkludenten Verhalten der Parteien.

²²⁸⁾ *Benkendorff*, S. 34; a. A. *Deinhardt*, S. 62 ff.

²²⁹⁾ AaO. S. 65.

²³⁰⁾ AaO. S. 66.

²³¹⁾ AaO. S. 62 f.

²³²⁾ Vgl. *Schiedermair*, Prozeßvereinbarungen, S. 99 f.; *Barz*, aaO. S. 44.

4. Ob die *Ausgestaltung des Tatbestandes* den Vorschriften des bürgerlichen Rechts oder den für die unbestrittenen PHen entwickelten besonderen Grundsätzen unterliegt, kann nicht aus einer vorweggenommenen Bestimmung der Rechtsnatur des Prorogationsvertrags gefolgert werden²³³). Diese Frage kann auch nicht allein auf Grund der Ähnlichkeit der Zuständigkeitsvereinbarung mit den privatrechtlichen Verträgen²³⁴) oder der Tatsache, daß der Vertrag nur der Vorbereitung, nicht aber der Führung des Prozesses dient²³⁵), oder auf Grund der Erfahrung, daß die Zuständigkeitsvereinbarung in der Regel Teil eines bürgerlichrechtlichen Vertrags ist²³⁶), dahingehend beantwortet werden, daß die Vorschriften des bürgerlichen Rechts anzuwenden seien. Nach der hier angewandten Untersuchungsmethode ist vielmehr zu klären, welche Regelung im einzelnen dem Zweck der Prorogation unter Berücksichtigung der Interessen aller Prozeßbeteiligten am besten gerecht wird. Dabei ist auch hier nur auf diejenigen persönlichen und sachlichen Voraussetzungen einzugehen, die als Kriterien für die Abgrenzung der PHen von dem bürgerlichrechtlichen Parteiverhalten herausgestellt worden sind.

Mit Rücksicht auf die prozessuale Wirkung des Prorogationsvertrags wird von den Vertretern der rein prozessualen und der vermittelnden Theorie im allgemeinen Prozeßfähigkeit gefordert²³⁷). Entscheidend für diese Auffassung ist offenbar die Überlegung, daß es zweckmäßig ist, einem beschränkt Geschäftsfähigen die Zuständigkeitsregelung nur insoweit zu überlassen, als er den Prozeß selbst zu führen vermag. Hiergegen wendet *Nikisch* mit Recht ein, daß nach dieser Auffassung der beschränkt Geschäftsfähige, der keine allgemeine Ermächtigung gem. § 112 BGB besitzt, zwar mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters einen Erfüllungsort vereinbaren und damit den Ge-

²³³) Anders folgern *Lent*, § 29 IV, und *Schönke-Schröder-Niese*, § 41 III 2, von der prozessualen Rechtsnatur, und *Deinhardt*, S. 63, von der privatrechtlichen Natur des Prorogationsvertrags ausgehend.

²³⁴) Vgl. *Gradhandt*, S. 46.

²³⁵) Vgl. *Nikisch*, § 25 II 2.

²³⁶) Vgl. *de Boor*, § 12, 3; *Nikisch*, aaO.

²³⁷) Vgl. u. a. *Gradhandt*, S. 26; *Hellwig*, Lb., 2, 277; *Syst. I*, S. 131; *Schiedermair*, Prozeßvereinbarungen, S. 141; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 38 II 1c; a. A. die Vertreter der privatrechtlichen Theorie; vgl. u. a. *Pollak*, Geständnis, S. 50/51. Inkonsistent ist es, von dem Erfordernis der Prozeßfähigkeit dann eine Ausnahme zu machen, wenn das vereinbarte Gericht nur über Streitigkeiten, die einen gültigen Vertrag voraussetzen, nicht aber einen Streit um die Gültigkeit des Vertrags entscheiden soll (So *Förster-Kann*, die von einer „Nebenabrede“ sprechen; vgl. § 38, 2b und Bem. 2c vor § 128; dagegen *Gradhandt*, S. 26). Ist die Zuständigkeitsregelung in diesem Fall auch eingeschränkt, so kommt der Zuständigkeitsvereinbarung doch eine rein prozessuale Wirkung zu.

richtsstand des § 29 begründen, aber nicht die gleiche Wirkung durch eine Zuständigkeitsvereinbarung hervorrufen könnte²³⁸). Man wird daher den beschränkt Geschäftsfähigen, der mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters gem. § 107 BGB einen Vertrag eingeht, für befugt ansehen können, insoweit eine Zuständigkeitsregelung zu treffen, als er die gleiche Wirkung durch die Vereinbarung eines Erfüllungsortes erzielen könnte²³⁹). Ist bei der privatrechtlichen Vereinbarung des Erfüllungsortes die Begründung der Zuständigkeit auch nur eine prozessuale Nebenwirkung des Vertrags, so wäre es doch widersinnig, für den Eintritt der gleichen Wirkungen verschiedene persönliche Handlungsvoraussetzungen zu verlangen. Von diesem — wohl seltenen — Ausnahmefall abgesehen, ist der h. L. darin zuzustimmen, daß es zweckmäßig ist, die Prozeßfähigkeit zu fordern. Nur derjenige, der den Prozeß *selbst* zu führen hat, kann beurteilen, welche Zuständigkeitsregelung den Parteiinteressen am besten entspricht.

Bei Vorliegen von Willensmängeln erfordert es das praktische Bedürfnis, die Anfechtung zuzulassen, da ein einseitiger Widerruf wie sonst bei den meisten einseitigen PHen mit Rücksicht auf die durch den Vertrag eingetretene Bindung nicht möglich ist²⁴⁰). Dieses Bedürfnis entfällt, wenn gem. § 39 eine unverrückbare Situation eingetreten ist, an der auch die Anfechtung des Prorogationsvertrags nichts ändern würde²⁴¹).

Solange die Tatsache des Vertragsabschlusses nicht in das Verfahren eingeführt, die Zuständigkeitsregelung also noch nicht Prozeßstoff geworden ist, steht das Erfordernis der Sicherheit des Verfahrens der Zulassung der Anfechtung nicht entgegen. Bis zu diesem Zeitpunkt ist die Anwendung der bürgerlichrechtlichen Vorschriften ohne weiteres für zulässig zu halten. Hier stehen sich nur die Interessen der Vertragsparteien gegenüber. Erst durch die Einführung des Vertragstatbestandes in das Verfahren gelangt die Zuständigkeitsregelung in das Spannungsverhältnis zwischen Rechtsschutzzweck und Rechtsfriedensbewahrung, so daß auch die Interessen der Rechtspflege zu beachten sind. Zu Beginn des anlaufenden Verfahrens²⁴²) bis zum Eintritt der unverrückbaren Situation gem. § 39 kann die mit der Anfechtungsmög-

²³⁸) Lb., § 25 II 2.

²³⁹) *Nikisch* hält demgegenüber den beschränkt Geschäftsfähigen grundsätzlich für befugt, im Rahmen eines materiellrechtlichen Vertrags mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters einen Prorogationsvertrag abzuschließen (§ 55 III 3).

²⁴⁰) Vgl. für viele *Nikisch*, § 25 II 2; a. A. *Baumbach-Lauterbach*, § 38, 2 A; *Schönke-Schröder-Niese*, § 41 III 2; *Sydow-Busch-Krantz-Triebe*, § 38, 2.

²⁴¹) *Gradhandt*, S. 38; *Schiedermair*, aaO. S. 151; *Walsmann*, AcP 102, 208.

²⁴²) Vgl. *Gradhandt*, S. 44 f.

lichkeit verbundene Unsicherheit, ob das vereinbarte Gericht wirklich zuständig ist, in Kauf genommen werden. Diese Unsicherheit wiegt nicht schwerer als die auf Grund der Möglichkeit der Klagezurücknahme bis zur Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache bestehende Ungewißheit, ob das Verfahren Bestand behalten wird. Man wird daher auch nach Geltendmachung der Zuständigkeitsvereinbarung die Anfechtung wegen Willensmängel zulassen können.

Hierbei kann kein Unterschied gemacht werden, ob die Anfechtung durch den Beklagten oder den Kläger erfolgt. Dieser kann den Prorogationsvertrag auch noch nach der Klageerhebung anfechten²⁴³⁾. Die Tatsache der Klage als solche steht der Anfechtung nicht entgegen²⁴⁴⁾. § 263 Abs. 2 Ziff. 2 greift hier nicht durch, da das Gericht infolge der Rückwirkung der Anfechtung schon im Zeitpunkt der Klageerhebung nicht zuständig war²⁴⁵⁾. Es kann *Schiedermair* nicht darin zugestimmt werden, daß durch die Klageerhebung vor dem vereinbarten Gericht eine feste Rechtslage zugunsten des Beklagten eingetreten sei, die eine stärkere Bindung an das Erklärte — über den Willen hinaus — erfordere²⁴⁶⁾. Ein Grund dafür, das Vertrauen des Beklagten auf die Zuständigkeit des vereinbarten Gerichts zu schützen, ist nicht ersichtlich. Im Falle einer arglistigen Täuschung des Klägers durch den Beklagten würde dieser einen solchen Schutz auch nicht verdienen. Das Interesse an dem ungestörten Fortgang des Verfahrens, auf das sich *Schiedermair* beruft²⁴⁷⁾, ist hier nicht größer als bei einer Anfechtung des Prorogationsvertrags durch den Beklagten nach Klageerhebung, die er — mit Recht — zuläßt. Der Kläger kann dagegen, falls er erst nach der Klageerhebung den Anfechtungsgrund erfährt, ein Interesse an der Verweisung der Klage an das ohne den Prorogationsvertrag zuständige Gericht haben. Es muß ihm daher möglich sein, in dem Zeitraum zwischen der Klageerhebung und der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache die Zuständigkeitsvereinbarung anzufechten und den Verweisungsantrag gem. § 276 zu stellen. Der Kläger könnte zwar den gleichen Erfolg dadurch erzielen, daß er die Klage zurücknimmt²⁴⁸⁾, den Pro-

²⁴³⁾ A. A. *Schiedermair*, aaO. S. 151.

²⁴⁴⁾ A. A. *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 38 II 1c zu N 16.

²⁴⁵⁾ Das verkennen *Förster-Kann*, wenn sie meinen, daß die erst nach Klageerhebung erfolgende Anfechtung die einmal begründete Zuständigkeit des Prozeßgerichts nicht wieder zu beseitigen vermag; vgl. § 38, 2b a. E.

²⁴⁶⁾ AaO. S. 150 f.; zustimmend *Habscheid*, KonkTreuhW 1955, 39.

²⁴⁷⁾ AaO. S. 150.

²⁴⁸⁾ *Just*, AcP 68, 269, verneint deshalb das praktische Bedürfnis für eine Anfechtungsmöglichkeit auf seiten des Klägers.

rogationsvertrag anfecht²⁴⁹⁾ und die Klage vor dem zuständigen Gericht erhebt. Dieser Weg ist nicht nur umständlicher, sondern auch kostspieliger²⁵⁰⁾. Dem Kläger ist daher auch aus prozeßökonomischen Gründen die Möglichkeit der Anfechtung bis zum Eintritt der unverrückbaren Situation gem. § 39 ebenso zu gewähren wie dem Beklagten.

Solange durch die Zuständigkeitsvereinbarung nicht sämtliche Gerichte ausgeschlossen werden²⁵¹⁾, ist es zweifelhaft, ob die Vorschrift des § 138 BGB überhaupt zur Anwendung kommen kann, da jedenfalls gewährleistet ist, daß das Verfahren von *einem* Gericht durchgeführt wird²⁵²⁾. Trotzdem kann im konkreten Einzelfall ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegen, z. B. dann, wenn der Inhalt des privatrechtlichen Vertrags in Verbindung mit der Zuständigkeitsregelung die Einschränkung der prozessualen Befugnis einer Partei als eine Knebelung erscheinen läßt²⁵³⁾. Das wird jedoch ein seltener Ausnahmefall bleiben²⁵⁴⁾.

Auch für die Zulassung von Bedingungen besteht ein praktisches Bedürfnis, da die Zuständigkeitsvereinbarung in der Regel lange vor Beginn eines Rechtsstreits getroffen wird und den Parteien die Freiheit bleiben muß, der Entwicklung des materiellen Rechtsverhältnisses durch Vorbehalte Rechnung zu tragen. Für den Bedingungseintritt stellt auch hier die gem. § 39 entstehende unverrückbare Situation eine zeitliche Grenze dar. Ebenso wie zur Ermöglichung der Anfechtung des Prorogationsvertrags kann auch hier ein Schwebezustand, wie er bei der Hinzufügung von Bedingungen entsteht, in Kauf genommen werden. Die Sicherheit des Verfahrens steht dem nicht entgegen, gleichgültig, ob man im Zweifel eine aufschiebende²⁵⁵⁾ oder eine auflösende²⁵⁶⁾ Bedingung annimmt.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß für die Ausgestaltung des Tatbestandes die Regelung des bürgerlichen Rechts am zweckmäßigsten ist.

²⁴⁹⁾ Das schlägt *Walsmann*, aaO. S. 208 Anm. 208, vor; ebenso *Schiedermair*, aaO. S. 151.

²⁵⁰⁾ Vgl. §§ 29 Abs. 2, 33 Abf. 1 Ziff. 1a GKG.

²⁵¹⁾ Vgl. hierzu *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 38 III 2.

²⁵²⁾ *Gradhandt*, S. 37, lehnt deswegen die Anwendbarkeit des § 138 BGB ab; a. A. *Schiedermair*, aaO. S. 145 f.

²⁵³⁾ Aus der Sittenwidrigkeit des Kaufvertrags allein folgt noch nicht ohne weiteres die Nichtigkeit der Zuständigkeitsvereinbarung; a. A. *Niese*, Prozeßhandlungen, S. 91; zur Anwendbarkeit des § 139 BGB s. unten S. 227.

²⁵⁴⁾ RGZ 87, 9. Bei dem der Entscheidung des LG Dortmund (MDR 1955, 112) zugrundeliegenden Fall handelt es sich nicht um einen Verstoß gegen die guten Sitten; s. oben S. 221.

²⁵⁵⁾ So *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, Bem. V 9c vor § 128.

²⁵⁶⁾ So *Schiedermair*, aaO. S. 154 Anm. 44.

Nur so ist es möglich, den Parteien die Bestimmung der Zuständigkeit zu überlassen, ohne daß ihnen damit die Möglichkeit gegeben wird, den Gegner in der Ausübung seiner prozessualen Befugnisse unangemessen zu beschränken. Irgendwelche Interessen der Rechtspflege stehen der Anwendung der bürgerlichrechtlichen Vorschriften nicht entgegen.

Die Anwendbarkeit der bürgerlichrechtlichen Vorschriften läßt sich damit begründen, daß das Prozeßrecht wie auch sonst vielfach auf die Normen des bürgerlichen Rechts zurückgreift²⁵⁷). Diese sind entsprechend anzuwenden²⁵⁸). Die Interesselosigkeit des Prozeßrechts an einer eigenen Regelung bezüglich der Voraussetzungen erklärt sich damit, daß die Zuständigkeitsregelung regelmäßig außerhalb des Spannungsverhältnisses zwischen Rechtsschutzzweck und Rechtsfriedensbewahrung zustandekommt.

5. Inwieweit der Zuständigkeitsvereinbarung gegenüber dem materiellen Rechtsverhältnis, auf das sie sich bezieht, eine *selbständige* Bedeutung zukommt, zeigt sich am deutlichsten im Falle der Nichtigkeit des Hauptvertrags, mit dem die Zuständigkeitsregelung verbunden ist. Hier steht in Frage, ob § 139 BGB zur Anwendung kommt. Soweit dies überhaupt bejaht wird²⁵⁹), ist es umstritten, ob im Zweifel die Nichtigkeit des Hauptvertrags die Zuständigkeitsvereinbarung ergreift²⁶⁰) oder ob die Zuständigkeit auch für den Fall des Streits um die Gültigkeit des Hauptvertrags als vereinbart anzusehen ist²⁶¹).

Gegen die Anwendbarkeit des § 139 BGB bestehen allerdings Bedenken, wenn man entsprechend dem Wortlaut dieser Bestimmung danach fragt, ob die Parteien auch bei Kenntnis der Nichtigkeit des Hauptvertrags eine Zuständigkeitsregelung getroffen hätten. Dies müßte naturgemäß immer verneint werden, da eine Zuständigkeitsregelung in diesem Falle sinnlos wäre²⁶²). Diese Fragestellung geht aber an der Bedeutung der Zuständigkeitsregelung

²⁵⁷) Nikisch begründet die Anwendbarkeit der Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Rechtsgeschäfte damit, daß sie der Ausdruck allgemeiner Rechtsgedanken sind; vgl. § 25 II 2.

²⁵⁸) Vgl. Schieder-mair, aaO. S. 149 (für die §§ 119 ff. BGB), mit Nachweisen Anm. 31.

²⁵⁹) U. a. wird dies verneint von de Boor, § 12, 3.

²⁶⁰) So u. a. Förster-Kann, § 38, 2b (für die „Nebenabrede“); Hellwig, Syst. I, S. 131, 452 zu Anm. 18; Niese, Prozeßhandlungen, S. 91.

²⁶¹) So die wohl h. L.; vgl. u. a. Baumbach-Lauterbach, § 38, 2 A; Grabner, ZZP 48, 541; Gradhandt, S. 54; Kohler, Gruch 31, 482 ff.; Rosenberg, § 36 I 1; Schieder-mair, aaO. S. 157; Schönke-Schröder-Niese, § 41 III 2; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 38 II 1 d, e; Walsmann, JW 1933, 1886 f.; vgl. auch RGZ 87, 7 (10); 140, 149; OLG Hamburg MDR 1949, 368.

²⁶²) Vgl. RGZ 87, 7 (10).

für den künftigen Rechtsstreit vorbei. Es ist vielmehr in Anwendung der von *Kisch* am Schiedsvertrag entwickelten Gedanken danach zu fragen, ob die Parteien den Prorogationsvertrag auch dann geschlossen hätten, „wenn sie sich die Möglichkeit eines Streits über das Zustandekommen und die Wirksamkeit des Hauptvertrags vorgestellt hätten“²⁶³). Mit dieser Fragestellung wird man eine entsprechende Anwendung des § 139 BGB bejahen können. Die prozessuale Wirkung des Prorogationsvertrags steht dem nicht entgegen, da es sich bei dieser Bestimmung um einen allgemeinen Rechtsgedanken handelt²⁶⁴). Da irgendwelche Interessen der Rechtspflege nicht entgegenstehen, gilt auch hier, daß der Bestand des Rechtsgeschäfts nach Möglichkeit so lange zu schützen ist, als es mit dem Willen der Parteien vereinbar ist²⁶⁵).

Was die Parteien im konkreten Einzelfall gewollt haben, ist eine Frage der Auslegung des Vertrags. Das gilt auch bezüglich der einzelnen Nichtigkeitsgründe²⁶⁶). Man wird mit der h. L. davon auszugehen haben, daß die Parteien die Zuständigkeitsregelung auch für den Fall des Streits um die Gültigkeit des Hauptvertrags schließen wollten²⁶⁷). Daran wird deutlich, daß die Zuständigkeitsregelung von dem materiellen Rechtsverhältnis abhebbar ist. Dem Prorogationsvertrag kommt eine selbständige Bedeutung aber auch dann zu, wenn das vereinbarte Gericht nur über Streitigkeiten aus einem gültigen Hauptvertrag, nicht aber über die Gültigkeit des Vertrags selbst entscheiden soll. Die selbständige Bedeutung²⁶⁸) ergibt sich aus der dem Prorogationsvertrag auch in diesem Falle zukommenden prozessualen Wirkung. Bei beiden Vertragsarten ist die Wirkung die gleiche. Der Unterschied besteht lediglich darin, daß die Zuständigkeitsregelung im letzteren Falle eingeschränkt ist,

²⁶³) Jud. 3, 57; zustimmend *Walsmann*, JW 1933, 1886; *Gradhandt*, S. 59.

²⁶⁴) *Schiedermair*, Prozeßvereinbarungen, S. 156 f.; vgl. auch *Goldschmidt*, S. 473 Anm. 2512. Verfehlt ist die Ansicht von *Werner*, Grünh 41, 467 Anm. 16, daß § 139 BGB nur dann anwendbar wäre, wenn man die Zuständigkeitsvereinbarung insoweit dem bürgerlichen Recht unterstellte.

²⁶⁵) Vgl. RGR Komm § 139, 1 Absatz 2.

²⁶⁶) Vgl. *Förster-Kann*, § 38, 2b; zustimmend *Schiedermair*, S. 158, a. A. offenbar für den Fall der durch Formmangel herbeigeführten Nichtigkeit des Hauptvertrags *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 38 II 1 d.

²⁶⁷) S. die oben Anm. 261 Genannten.

²⁶⁸) Vgl. *Schiedermair*, aaO. S. 155 ff. Der Einwand von *Gradhandt*, S. 56 f., daß bei Vorliegen zweier selbständiger Verträge § 139 BGB nicht angewandt werden dürfe, ist unzutreffend. Die Anwendung dieser Vorschrift ist nur dann ausgeschlossen, wenn zwei selbständige Rechtsgeschäfte verbindungslos nebeneinander stehen. Dagegen ist die Verbindung zweier selbständiger Vereinbarungen zu einem einheitlichen Vertrag gerade der Regelfall des § 139 BGB.

ohne dadurch zu einer unselbständigen „Nebenabrede“ zu werden²⁶⁹). Auch aus der Verbindung von Hauptvertrag und Zuständigkeitsregelung kann nicht die unselbständige Bedeutung der Zuständigkeitsvereinbarung gefolgert werden²⁷⁰). Diese kann ebensogut gesondert erfolgen. Eine unterschiedliche Beurteilung danach, ob der Prorogationsvertrag zusammen mit dem Hauptvertrag oder gesondert abgeschlossen wird, ist nicht gerechtfertigt. Auch das Erfordernis der Beziehung „auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis und die aus ihm entspringenden Rechtsstreitigkeiten“ (§ 40 Abs. 1) besagt nichts gegen die selbständige Bedeutung der Zuständigkeitsregelung, da es sich hierbei nur um das allgemein für Verträge geltende Erfordernis der Bestimmtheit handelt.

6. Zweifel an der prozessualen Funktion des Prorogationsvertrags können sich daraus ergeben, daß der zeitliche Zusammenhang zwischen dem Vertrag und dem Prozeß ein ganz unbestimmter ist. Der Vertrag kann sowohl während des anhängigen Prozesses als auch lange vor seinem Beginn abgeschlossen werden. Unter dem Gesichtspunkt der „zeitlichen Nähe“²⁷¹) steht die Zuständigkeitsregelung dem materiellen Rechtsverhältnis, welches den Anlaß zu dem Rechtsstreit gibt, in der Regel näher als dem Verfahren. Die Unbestimmtheit des zeitlichen Zusammenhangs mit dem Rechtsstreit folgt jedoch aus der Natur der Sache, da die Zuständigkeitsregelung, soweit sie vor Beginn des Verfahrens getroffen wird, eine *vorsorgliche* Maßnahme ist. Sachlich besteht dagegen eine enge Beziehung zu der Durchführung des Rechtsstreits. Der mit dem Vertrag herbeigeführte Rechtszustand betrifft eine Sachurteilsvoraussetzung für den künftigen oder den bereits anhängigen Prozeß. Seiner funktionellen Bedeutung nach ist der Prorogationsvertrag daher vergleichbar mit den unbestrittenen PHen, die der Ermöglichung bzw. Verhinderung des Sachurteils dienen. Mit der Zuständigkeitsregelung wird auch die den PHen zukommende „generell-typische“ Funktion des Rechtnehmens²⁷²) ausgeübt, da sich auch der vorprozessuale Prorogationsvertrag allein auf den Vorgang des Rechtsuchens und Rechtgebens für den Fall eines künftigen Prozesses bezieht.

7. *Zusammenfassung:* Neben der prozessualen Wirkung sprechen daher

²⁶⁹) So Förster-Kann, § 38, 2b; Seuffert-Walsmann, § 38, 1; ähnlich Gradhandt, S. 51, der zwischen einer selbständigen und unselbständigen Nebenabrede unterscheidet, wobei er zugeben muß, daß diese Unterscheidung keinen praktischen Wert hat (S. 55). Nimmt man eine — unselbständige — Nebenabrede an, so ist § 139 BGB nicht anwendbar; vgl. Schiedermaier, S. 157 f. Anm. 8; Gradhandt, S. 51.

²⁷⁰) A. A. Gradhandt, S. 57 f.

²⁷¹) S. oben S. 98 f.

²⁷²) S. oben S. 16 f., 93 f.

auch die Abhebbarkeit von dem materiellen Rechtsverhältnis und die prozessuale Funktion für die prozeßrechtliche Natur des Prorogationsvertrags²⁷³⁾. Mit Rücksicht auf die bloß mittelbare prozessuale Wirkung und die Ausgestaltung des Tatbestandes nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts kann der Vertrag aber unter der Fragestellung der Abgrenzung der PHen von den Rechtsgeschäften des bürgerlichen Rechts nicht ohne weiteres den unbestrittenen PHen gleichgestellt und zum PHbereich gezogen werden. Diese Frage kann erst am Schluß der Untersuchung im Zusammenhang mit den anderen Prozeßverträgen entschieden werden. Dagegen kann schon hier festgestellt werden, daß der Prorogationsvertrag unter den PHbegriff fällt, wenn man diesen unter dem Gesichtspunkt der funktionellen Bedeutung für den Prozeß bildet und bestimmt.

II. Der Schiedsvertrag

1. Die Frage, ob der Schiedsvertrag²⁷⁴⁾ unter den PHbegriff fällt, ist ebenso umstritten wie bei den anderen Prozeßverträgen. Praktische Bedeutung hat diese Frage beispielsweise für das anzuwendende Kollisionsrecht²⁷⁵⁾. So wird vielfach aus dem prozessualen Charakter der Wirkungen des Schiedsvertrags gefolgert, daß über seine Zulässigkeit die *lex fori* entscheide, während der Tatbestand wegen seiner materiellrechtlichen Ausgestaltung der *lex causae* unterstehe²⁷⁶⁾.

Es stehen sich eine privatrechtliche und eine prozessuale Theorie gegen-

²⁷³⁾ Das zwingt nicht dazu, den Prorogationsvertrag dem Anwaltszwang zu unterstellen, denn für die Wirksamkeit des Vertrags ist es nicht *erforderlich*, daß er vor Gericht abgeschlossen wird. Das verkennt *Deinhardt*, S. 61, wenn er in der Bejahung der prozessualen Natur des Vertrags trotz Verneinung des Anwaltszwangs einen Widerspruch sehen will. Aus der prozessualen Natur des Prorogationsvertrags folgt dagegen, daß die Zulässigkeit und Wirkung ausschließlich nach der *lex fori* zu beurteilen ist (*Riezler*, Internationales Zivilprozeßrecht und prozessuales Fremdenrecht, S. 307; *Neuner*, S. 110 f.).

²⁷⁴⁾ Als Schiedsvertrag wird im folgenden sowohl die für künftige Streitigkeiten getroffene Vereinbarung — häufig Schiedsklausel genannt — als auch die für einen bereits entstandenen Streit getroffene Abrede bezeichnet; vgl. *Pohle*, Schiedgerichtsbarkeit, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. VIII, Berlin, Leipzig 1937 (im folgenden abgekürzt: Schiedsgerichtsbarkeit), S. 159. Auch zwischen dem außerhalb des Verfahrens vor einem ordentlichen Gericht und dem vor Gericht abgeschlossenen Vertrag besteht kein Unterschied.

²⁷⁵⁾ Vgl. *Prager*, Schiedsrecht (Recht des privaten Schiedsverfahrens), München, Berlin, Leipzig 1931, S. 5 Anm. 3; *Schottelius*, Die kaufmännische Schiedsgerichtsbarkeit, Bremen 1953, S. 45.

²⁷⁶⁾ Vgl. *Rosenberg*, § 166 II 6 (mit Nachweisen). Auf diese Frage braucht im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht näher eingegangen zu werden, da die Qualifikation Vorfrage ist.

über. Die erstere, die vor allem den Verfassern der ZPO²⁷⁷⁾ sowie früher vielfach in der Lehre²⁷⁸⁾ und neuerdings von *K. Blomeyer*²⁷⁹⁾ vertreten wird, geht davon aus, daß der Schiedsvertrag in erster Linie materiellrechtliche Wirkungen erzeuge, da der Schiedsspruch die privaten Rechtsverhältnisse unmittelbar umgestalte. Demgegenüber nehmen die Vertreter der prozessualen Theorie²⁸⁰⁾ an, daß der Vertrag rein prozessualen Charakter habe, da sowohl die dem Schiedsvertrag zukommende negative Wirkung des Ausschlusses der ordentlichen Gerichtsbarkeit als auch die positive der Unterwerfung unter den Schiedsspruch und der Verleihung des Rechts zu autoritativer Entscheidung an das Schiedsgericht sowie auch die Rechtskraftwirkung des Schiedsspruchs als mittelbare²⁸¹⁾ Wirkung des Schiedsvertrags prozessualer Natur seien. Zwischen diesen beiden Ansichten stehen mehrere vermittelnde Theorien, denen gemeinsam ist, daß ihre Vertreter einen gemischtrechtlichen Vertrag²⁸²⁾ oder einen solchen eigener Art²⁸³⁾ annehmen. Das materiellrechtliche Element wird hier entweder in der Ausgestaltung des Tatbestandes²⁸⁴⁾ oder in einer Einwirkung auf das streitige materielle Rechtsverhältnis durch bindende Normierung einer bestimmten Rechts-

²⁷⁷⁾ Vgl. § 1025; *Hahn*, Die gesamten Materialien zur Civilprozeßordnung, Berlin 1880/81, S. 489 f.

²⁷⁸⁾ Vgl. u. a. *Bunsen*, ZZP 35, 415; *Neuner*, S. 111 ff.; *R. Schmidt*, S. 153, 155; *Teßmer*, Das Schiedsverfahren nach deutschem Recht, Leipzig 1915, S. 19, der in dem Schiedsvertrag einen bedingten Vergleich sieht; *Trutner*, Prozeßrechtsgeschäfte, S. 187 f., 402 f.; *Wach*, Handbuch I, S. 67.

²⁷⁹⁾ Festgabe für Leo Rosenberg, München, Berlin 1949, S. 51 ff.

²⁸⁰⁾ Vgl. u. a. *Hellwig*, Lb., 1, S. 57 Anm. 82; *Hellwig-Oertmann*, Syst. II, S. 103; *Förster-Kann*, § 1025, 1; *Goldschmidt*, S. 458; *Hegler*, Beiträge, S. 102 ff.; *Köhler*, Gruch 31, 292; *Littauer*, ZZP 55, 22; *Nikisch*, § 143 III; *Sauer*, Grundlagen, S. 175; *Schiedermair*, aaO. S. 105 (mit weiteren Nachweisen Anm. 25); *Stein-Jonas-Pohle*¹⁰⁾, § 1025 I 1; *Walsmann*, AcP 102, 209 f.

²⁸¹⁾ Vgl. *Pohle*, Schiedsgerichtsbarkeit, S. 161.

²⁸²⁾ Vgl. u. a. *Kisch*, ZZP 51, 332; *Habscheid*, KonkTreuhW 1955, 36 f.; vgl. auch *Pohle*, aaO. S. 161.

²⁸³⁾ Vgl. u. a. *Lent*, § 94 II; *Rosenberg*, § 166 II 1a; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 1025 I; *Schönke-Schröder-Niese*, § 99 III 6.

²⁸⁴⁾ Vgl. u. a. *Rosenberg*, § 59, 2a, § 166 II 1a, b, der die Frage der Zulässigkeit und Wirkung dem Prozeßrecht, die Ausgestaltung des Tatbestandes aber dem materiellen Recht unterstellt; das RG nimmt einen privatrechtlichen Vertrag über prozessuale Beziehungen an; vgl. RGZ 144, 98; 156, 104; ebenso *Baumbach*, Das privatrechtliche Schiedsgerichtsverfahren, Berlin 1931, S. 37; *Baumbach-Lauterbach*, § 1025, 1; *R. Bruns*, § 56 II; *Oertmann* (ZZP 45, 307; 47, 126; § 120, 2a), trennt streng zwischen dem materiellrechtlichen Entstehungsbestand und dem prozessualen Inhalt sowie den prozessualen Wirkungen des Vertrags; ebenso, ihm folgend, *Jürgens*, S. 49 ff.

beziehung zwischen den Parteien²⁸⁵) oder in der verpflichtenden Wirkung des Schiedsvertrags²⁸⁶) gesehen.

2. Da der Schiedsvertrag die Grundlage für die schiedsrichterliche Tätigkeit und den Schiedsspruch abgibt, liegt es nahe, aus dem Wesen des Schiedsspruchs Rückschlüsse auf die Rechtsnatur des Schiedsvertrags zu ziehen. Man könnte darauf abstellen, ob der Schiedsspruch gestaltend in die materiellrechtlichen Beziehungen der Parteien eingreift oder nicht, und im ersten Fall den Schiedsvertrag als auf die Herbeiführung einer materiellrechtlichen Wirkung gerichtet ansehen²⁸⁷), im anderen Fall dagegen der streitentscheidenden Tätigkeit²⁸⁸) des Schiedsrichters und dem auf sie gerichteten Schiedsvertrag einen rein prozessualen Charakter zusprechen²⁸⁹). Einer derartigen Gegenüberstellung von Rechtsgestaltung und Streitentscheidung kann jedoch nicht zugestimmt werden. Ebenso wie das Gestaltungsurteil des ordentlichen Richters ist der rechtsgestaltende Schiedsspruch eine Streitentscheidung. Ob und inwieweit der Schiedsrichter über die nach materiellem Recht zulässigen Rechtsgestaltungen hinaus in die materiellen Rechtsbeziehungen der Parteien gestaltend eingreifen kann²⁹⁰), ist eine Frage der Bindung des Schiedsrichters an das materielle Recht. Soweit eine Bindung nicht besteht, was vor allem für die sog. Billigkeitsschiedssprüche gilt, kann der Schiedsrichter auch die zwischen den Parteien bestehenden materiellrechtlichen Beziehungen umgestalten²⁹¹), ohne daß der Schiedsspruch damit den Charakter einer Entscheidung verliert²⁹²). Daher kann aus der Bindungsfrage auch nichts für die Rechtsnatur des Schiedsver-

²⁸⁵) *Kisch*, ZJP 51, 321 ff., rechnet den Schiedsvertrag den Feststellungsverträgen zu; so offenbar auch *Seuffert-Walsmann*, § 1025, 1a, und *Schottelius*, aaO. S. 45, der jedoch zu Unrecht die hier aufgezeigten vermittelnden Ansichten der materiellrechtlichen Theorie zuordnet.

²⁸⁶) *Goldmann*, ZJP 51, 442, *Prager*, aaO. S. 18 zu Anm. 13, und *Habscheid*, aaO. S. 35, nehmen wegen dieser Wirkung eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts an, die *Habscheid* „Schiedsverfahrensgesellschaft“ nennt.

²⁸⁷) *K. Blomeyer*, aaO. S. 51 ff.; vgl. auch Entw. 1931 §§ 754 ff.; vgl. dagegen *Schiedermaier*, aaO. S. 106 f.

²⁸⁸) Vgl. *Habscheid*, aaO. S. 34.

²⁸⁹) *Kisch*, der den Gegensatz von Gestaltung und Entscheidung hervorhebt, sieht in dem Schiedsspruch zwar eine Entscheidung (Jud 3, 58), nimmt aber eine gemischtrechtliche Natur des Schiedsvertrags an (vgl. ZJP 51, 322 f.).

²⁹⁰) Vgl. das Beispiel in RGZ 147, 22 ff.; zustimmend *R. Bruns*, § 56 II; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 1025 II 1 a zu N 12; a. A. *Herriger*, JW 1935, 1784 (Anm.).

²⁹¹) Vgl. *Helm*, Über die Stellung des Schiedsrichters zum materiellen Recht und die Anfechtung von Schiedssprüchen wegen Verletzung der nach dem Schiedsvertrag anzuwendenden Entscheidungsgrundsätze, Dissertation Erlangen 1953 (Maschinschrift), S. 25 Anm. 76.

²⁹²) Bezüglich der Billigkeitsschiedssprüche vgl. *Pohle*, aaO. S. 160; *Habscheid*, aaO. S. 34.

trags gefolgt werden²⁹³), ebensowenig wie umgekehrt die Begriffsmerkmale des Schiedsvertrags Aufschluß über die Frage der Bindung des Schiedsrichters an das materielle Recht geben²⁹⁴). Verneint man die Bindungsfrage, so schließt dies die Annahme der prozessualen Rechtsnatur des Schiedsvertrags nicht aus²⁹⁵), wie *Jürgens*²⁹⁶) offenbar meint, denn der Schiedsvertrag zielt auch bei rechtsgestaltender Wirkung des Schiedsspruches auf eine streitentscheidende Tätigkeit des Schiedsrichters ab.

3. Der streitentscheidende Charakter des Schiedsspruchs spricht eher für die prozessuale als für die materiellrechtliche Theorie. Der Schiedsspruch beruht jedoch nicht unmittelbar auf dem Schiedsvertrag. Zur Klärung der Frage, ob dieser zum PHbereich gehört, ist aber ebenso wie bei den unbestrittenen PHen zunächst auf die unmittelbaren *Wirkungen* einzugehen. Ob auch die — wie sich noch zeigen wird — materiellrechtliche Ausgestaltung des Tatbestandes für die Rechtsnatur mitbestimmend ist, wird später zu klären sein²⁹⁷).

Daß die *negative* Wirkung des Vertrags, der Ausschluß der ordentlichen Gerichtsbarkeit und die Gewährung einer prozeßhindernden Einrede im Falle des vertragswidrigen Verhaltens²⁹⁸) prozessualen Charakter hat, wird auch von den Vertretern der — mehr oder weniger — materiellrechtlichen Theorien eingeräumt²⁹⁹). Die früher vertretene Auffassung, daß der Ausschlußwirkung ein privatrechtlicher Verzicht auf den Rechtsschutzanspruch zugrundeliege³⁰⁰), widerspricht der modernen Auffassung vom Prozeß und dem staatlichen Rechtsschutz. Die negative Ausschlußwirkung ist auch nicht nur eine Reflexwirkung „aus der angestrebten außergerichtlichen, also . . . privaten Regelung der streitigen Angelegenheit“³⁰¹). Das ergibt sich schon daraus, daß

²⁹³) Auf das viel umstrittene Problem der Bindungsfrage braucht daher im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht eingegangen zu werden. Verfehlt ist es, die Rechtsnatur des Schiedsvertrags von der Entscheidung der Bindungsfrage abhängig zu machen, wie *Jürgens*, S. 17 ff., es will.

²⁹⁴) *Littauer*, ZZZ 55, 29 f.; *Helm*, S. 25; a. A. *Oertmann*, ZZZ 47, 125, der die Auffassung vertritt, daß man die Bindung bejahen müßte, wenn man annimmt, daß der Schiedsvertrag nur prozeßrechtlichen Inhalt hat.

²⁹⁵) Vgl. *Nikisch*, § 143 II 2, III 1.

²⁹⁶) AaO. S. 17.

²⁹⁷) Vgl. *Poble*, aaO. S. 160 f.

²⁹⁸) Vgl. *Schiederemair*, aaO. S. 102 f., 126.

²⁹⁹) Vgl. u. a. *Baumbach-Lauterbach*, § 1025, 3 B; *Kisch*, ZZZ 51, 325 f.; *Rosenberg*, § 166 II 3 b; *Schottelius*, aaO. S. 45; *Stein-Jonas-Schönke*, § 1025 I 1; *Wach*, Handbuch I, S. 67.

³⁰⁰) Vgl. *Jürgens*, S. 12.

³⁰¹) So *Kisch*, ZZZ 51, 331.

IV. Teil. Prozeßverträge

die Ausschlußwirkung nicht begriffsnotwendig mit der Vereinbarung des Schiedsverfahrens eintreten muß³⁰²⁾. Die Parteien können vielmehr vereinbaren, daß einer der beiden Parteien die wahlweise Anrufung des ordentlichen Gerichts oder des Schiedsgerichts überlassen bleiben soll³⁰³⁾. Die negative Wirkung tritt hier erst ein, wenn die wahlberechtigte Partei das Schiedsgericht anrufen oder sich auf das Schiedsverfahren eingelassen hat. Es ist eine Frage der Auslegung des Schiedsvertrags, was die Parteien gewollt haben. Die Ausschlußwirkung beruht also unmittelbar auf dem Willen beider Parteien und kann nicht einfach als eine prozessuale Reflexwirkung der erstrebten außergerichtlichen Regelung des streitigen Rechtsverhältnisses abgetan werden.

Auch die *positive* Wirkung des Vertrags, die „in der Herbeiführung eines prozeßähnlichen Verfahrens vor einer privaten Instanz“³⁰⁴⁾ oder in der Ermächtigung des Schiedsgerichts „zur bindenden Feststellung“ sowie in der Unterwerfung unter den Schiedsspruch³⁰⁵⁾ zu sehen ist, hat prozessualen Charakter³⁰⁶⁾. Der Schiedsvertrag ist die Grundlage für die Zulässigkeit des Schiedsverfahrens und die Wirksamkeit des Schiedsspruchs³⁰⁷⁾. Der Schiedsvertrag ist im übrigen streng von dem Schiedsrichtervertrag zu trennen³⁰⁸⁾. Die unzweifelhaft materiellrechtliche Natur dieses Vertrags³⁰⁹⁾ erstreckt sich auch dann nicht auf den Schiedsvertrag, wenn sie in einem gemeinsamen Vertrag miteinander verbunden sind. Abgesehen davon, daß den beiden Verträgen ganz verschiedene Wirkungen zukommen, jenem die Wirkung der Verpflichtung des Schiedsrichters zu gewissenhafter Erfüllung der übertragenen Aufgabe und diesem die Ermächtigung des Schiedsrichters, sind auch die Vertragspartner in beiden Verträgen verschiedene.

Lehnt die prozessuale Theorie auch materiellrechtliche Wirkungen des Schiedsvertrags ab, so räumen doch die meisten ihrer Vertreter ein, daß aus dem Vertrag für beide Parteien gewisse Pflichten entstehen, so die Verpflichtung, alles zu tun, damit das Schiedsgericht und der Schiedsspruch zustande-

³⁰²⁾ A. A. offenbar *Schottelius*, aaO. S. 45.

³⁰³⁾ *Schiedermaier*, aaO. S. 103; *K. Blomeyer*, aaO. S. 63.

³⁰⁴⁾ *Pohle*, aaO. S. 161.

³⁰⁵⁾ *Schiedermaier*, aaO. S. 104.

³⁰⁶⁾ Vgl. auch *Nikisch*, § 143 III; *Rosenberg*, § 166 II 3 b; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 1025 I 1.

³⁰⁷⁾ Vgl. *de Boor*, § 50 II.

³⁰⁸⁾ *Jürgens*, S. 52, trennt beide Verträge nicht klar genug.

³⁰⁹⁾ Vgl. *Nikisch*, § 144 III 2; eine materiellrechtliche Natur nehmen auch diejenigen an, die in dem Schiedsrichtervertrag einen Vertrag eigener Art sehen, wie *Jürgens*, S. 52, und das RG in st. Rspr.; vgl. RGZ 94, 213.

kommen, also vor allem die Verpflichtung, gemäß der Vereinbarung die Schiedsrichter zu ernennen und Vorschüsse auf das Schiedsrichterhonorar zu zahlen³¹⁰). Hierbei handelt es sich nicht nur um prozessuale *Lasten*³¹¹), sondern auch um echte materiellrechtliche *Pflichten*. Soweit es allerdings im freien Belieben³¹²) einer Partei steht, ob sie den Nachteil, den sie in ihrer prozeßrechtlichen Stellung infolge der Nichtausübung einer verfahrensrechtlichen Möglichkeit erleidet, auf sich nehmen will, liegt keine „Pflicht“, sondern eine prozessuale „Last“ vor. Das gilt in dem hier erörterten Zusammenhang für die Ernennung der Schiedsrichter auf der Grundlage der gesetzlichen Regelung (§§ 1028, 1029). Hier liegt es im Belieben der Partei, ob sie ihr Ernennungsrecht ausüben will oder nicht. Insoweit ist *Schiedermair* darin zuzustimmen, daß eine echte Pflicht nicht vorliegt³¹³). Eine Klage auf Erzwingung der Ernennung ist nicht etwa wegen mangelnden Rechtsschutzbedürfnisses als unzulässig³¹⁴), sondern wegen des Fehlens einer echten sachlichen Verpflichtung als unbegründet abzuweisen. Bei einer vertraglichen Vereinbarung über die Ernennung der Schiedsrichter dagegen kann eine echte Mitwirkungspflicht der Vertragspartner zur Ernennung der Schiedsrichter entstehen³¹⁵). Mag es hin-

³¹⁰) Vgl. u. a. *Nikisch*, § 143 IV 2; für die Vertreter der materiellrechtlichen und der vermittelnden Theorie muß die Annahme einer solchen Verpflichtung ohnehin unbedenklich sein; vgl. u. a. *Baumbach*, aaO. S. 52; *Lent*, § 94 II a. E.; *Rosenberg*, § 166 II 3a; *Schottelius*, aaO. S. 46.

³¹¹) A. A. *Schiedermair*, aaO. S. 109 f., bezüglich der Ernennungspflicht.

³¹²) Vgl. *Lent*, ZZZ 67, 350 f.

³¹³) Vgl. Anm. 311.

³¹⁴) Das nehmen offenbar *Baumbach*, aaO. S. 53, und *Habscheid*, aaO. S. 34, an, wenn sie auch den hier angeführten Fall nicht besonders hervorheben.

³¹⁵) Vgl. RGZ 33, 265 (269); OLG Breslau Rsp 21, 115 f. Zur Frage der Erzwingbarkeit vgl. OLG Hamburg, Rsp 27, 193, und rechtsvergleichend *Pohle*, aaO. S. 168 f.

Der von *Schiedermair* (aaO. S. 109) in den Mittelpunkt gestellte Fall, daß nur einer Partei nach dem Vertrag das Ernennungsrecht zustehen soll, bedarf in dem hier behandelten Zusammenhang keiner näheren Erörterung, da eine derartige Beschränkung der anderen Partei in der Regel gegen § 1025 Abs. 2 verstößt. Die Nichtigkeit einer solchen Vereinbarung ergreift nicht notwendig den ganzen Schiedsvertrag; vgl. *v. Staff-Schönke*, Das Schiedsgerichtsverfahren nach dem heutigen deutschen Recht, 2. Aufl., Berlin, Köln 1954, S. 29. Es ist nicht allein die Gefahr einer sittenwidrigen Ausnutzung der Machtlage (vgl. *Müller-Erzbach*, Rechtserfassung, S. 49), die es verbietet, einer Partei bei der Ernennung der Schiedsrichter ein Übergewicht zu geben, sondern es spielt auch die Überlegung mit, daß das Schiedsverfahren das ordentliche Verfahren nur dann zu ersetzen vermag, wenn eine gewisse Garantie für die Unparteilichkeit der Schiedsrichter gegeben ist, und sei es dadurch, daß ein Gleichgewicht zwischen den Schiedsrichtern besteht, die sich oft als die Interessenvertreter der Parteien betrachten. Daß dieser Gedanke mit entscheidend ist, zeigt sich dann, wenn die Parteien vereinbaren, daß das Ernennungsrecht bei Säumnis der einen Partei auf die andere übergehen soll. Eine Ausnutzung der Machtlage liegt hier nicht vor, da

sichtlich der Ernennungspflicht noch zweifelhaft sein, ob es sich um eine echte Pflicht oder um eine prozessuale Last handelt, so ist die sich aus dem Schiedsvertrag ergebende³¹⁶⁾ Pflicht der Parteien untereinander, den Schiedsrichtern Vorschuß auf ihr Honorar zu zahlen³¹⁷⁾, unzweifelhaft eine materiellrechtliche, einklagbare³¹⁸⁾ Verpflichtung. Es ist eine Frage der Auslegung des Schiedsvertrags, welche Partei den Vorschuß zu leisten hat. Geht man von dem Grundsatz aus, daß bei der Ernennung der Schiedsrichter keiner Partei ein Übergewicht zukommen darf, so wird man andererseits auch die Lasten, die die Konstituierung des Schiedsgerichts mit sich bringt, im Zweifelsfalle gleichmäßig verteilen müssen. Würde man die Vorschußzahlung dem Kläger allein aufbürden, so wäre für ihn die Anrufung des Schiedsgerichts wesentlich erschwert, wenn nicht im Einzelfall sogar unmöglich gemacht. Im Zweifel sind die Parteien daher zu gleichen Teilen vorschußpflichtig³¹⁹⁾.

Die verpflichtende Wirkung des Schiedsvertrags ändert nichts an seinem rein prozessualen Charakter. Er wird dadurch nicht zu einem gemischtrechtlichen, wenn auch einheitlichen Rechtsgeschäft, wie *Habscheid* annimmt³²⁰⁾. Die aufgezeigten materiellrechtlichen Verpflichtungen sind nicht die charakteristischen, den Schiedsvertrag kennzeichnenden Wirkungen³²¹⁾. Das entscheidende Moment liegt beim Schiedsvertrag in dem Ausschluß der ordentlichen Gerichtsbarkeit und der Herbeiführung eines prozeßähnlichen Verfahrens. Die Verpflichtung der Parteien, alles zu tun, damit das Schiedsgericht zustande kommt und der Schiedsspruch gefällt werden kann, ist lediglich eine sekundäre Rechtsfolge der Vereinbarung der Streiterledigung durch

die säumige Partei die Möglichkeit hatte, einen Schiedsrichter zu ernennen. Die Unzulässigkeit einer solchen Vereinbarung folgt jedoch daraus, daß eine Gewähr für die Überparteilichkeit der Rechtspflege nicht mehr gegeben ist. Für die Zulässigkeit dagegen u. a. *Rosenberg*, § 166 III 2c; das RG in st. Rspr., vgl. RG JW 1932, 2151; JW 1934, 362; DR 1942, 186; *Rölle*, MDR 1956, 261 ff. mit weiteren Nachweisen; wie hier mit teilweise abweichender Begründung *Baumbach-Lauterbach*, § 1028, 1 B; *Schönke*, DR 1942, 186; v. *Staff-Schönke*, aaO. S. 29; OLG Neustadt NJW 1955, 635¹²⁾ (mit zustimmender Anm. von *Werthauer*; zustimmend auch *Habscheid*, KonkTreuH 1955, 131 unter 2b a. E.); vgl. auch Entw. 1931 § 740 Abs. 1 S. 2.

³¹⁶⁾ RG HRR 1929, 1399; OLG Köln LeipzZ 1930, 1129.

³¹⁷⁾ Im Zweifel ist ein Anspruch des Schiedsrichters auf einen Vorschuß zu bejahen; vgl. v. *Staff-Schönke*, aaO. S. 250.

³¹⁸⁾ Vgl. *Pohle*, aaO. S. 169.

³¹⁹⁾ Im Ergebnis ebenso RG JW 1916, 580; KG JW 1928, 737; *Baumbach*, aaO. S. 75, in entspr. Anwendung des § 669 BGB; a. A. *Leo*, JW 1928, 737 (Anm.); *Pohle*, aaO. S. 169.

³²⁰⁾ aaO. S. 36.

³²¹⁾ Vgl. *Lent*, § 29 IV, und oben S. 90.

private Schiedsrichter³²²). Mit Recht messen daher *Kisch*³²³) und *Jürgens*³²⁴) dem Verpflichtungsmoment für die Frage der Rechtsnatur des Schiedsvertrags keine Bedeutung zu.

Die als Folge des Vertrags entstehenden Verpflichtungen der Parteien untereinander berechtigen nicht zu der Auffassung, daß mit dem Abschluß des Schiedsvertrags zwischen den Parteien ein gesellschaftsähnliches Verhältnis entsteht, wie es *Goldmann*³²⁵) und ihm folgend *Prager*³²⁶) und *Habscheid*³²⁷) annehmen. Die Parteien verfolgen mit dem Schiedsvertrag nicht einen gemeinsamen Zweck, wie es § 705 BGB voraussetzt. Ist auch einzuräumen, daß beide Parteien die Entscheidung des Schiedsgerichts erstreben, so wollen sie doch regelmäßig *inhaltlich* etwas durchaus Verschiedenes, nämlich eine ihren eigenen Interessen gerecht werdende Entscheidung. Daß die Parteien ein gemeinsames *tatsächliches* Ziel, die Herbeiführung einer schiedsrichterlichen Entscheidung erstreben, ist nicht ausreichend für die Annahme eines — wenn auch „atypischen“³²⁸) — Gesellschaftsverhältnisses. Auch im ordentlichen Verfahren erstreben die Parteien als gemeinsames tatsächliches Ziel eine Entscheidung des Gerichts, ohne daß man deswegen die mit der Klageerhebung entstehenden Beziehungen der Parteien als ein gesellschaftsähnliches Verhältnis bezeichnen könnte³²⁹).

Es bedarf auch nicht der Konstruktion einer „Schiedsverfahrensgesellschaft“, um die Wahrheitspflicht im Schiedsverfahren erklären zu können³³⁰). Das Gebot des § 138 ist von grundsätzlicher Art. Es gilt auch für das Verfahren vor dem Schiedsgericht. Es handelt sich dabei nicht um eine Vertragspflicht³³¹), sondern um eine echte prozessuale Pflicht³³²), die auf dem Gesetz beruht. Mittelbar ist die Wahrheitspflicht allerdings insofern auf den Schiedsvertrag zurückzuführen, als das Schiedsverfahren den Schiedsvertrag zur Grundlage hat. Bei einem Verstoß gegen die Wahrheitspflicht ließe sich da-

³²²) Vgl. *Pohle*, aaO. S. 168.

³²³) ZZZ 51, 323 Anm. 1.

³²⁴) AaO. S. 48.

³²⁵) ZZZ 51, 442; dagegen *Baumbach*, aaO. S. 60.

³²⁶) AaO. S. 18.

³²⁷) AaO. S. 35.

³²⁸) *Habscheid*, aaO. S. 35.

³²⁹) Zum Wesen der mit der Klageerhebung entstehenden prozessualen Beziehungen s. oben S. 80 f.

³³⁰) Vgl. *Habscheid*, aaO. S. 39.

³³¹) So *Habscheid*, aaO. S. 39.

³³²) *Lent*, ZZZ 67, 352, für das ordentliche Verfahren.

her ein Schadensersatzanspruch, will man hierin *Titze*³³³⁾ folgen, mit der Verletzung des Schiedsvertrags begründen.

Es bedarf auch nicht der Konstruktion der „Schiedsverfahrensgesellschaft“, um eine sofortige Kündigung des Schiedsvertrags zu ermöglichen³³⁴⁾, wofür freilich ein praktisches Bedürfnis besteht³³⁵⁾. Da sich die Parteien durch den Schiedsvertrag zumeist auf lange Dauer binden, denn in der Regel ist nicht vorauszusehen, wann ein Streit aus dem betreffenden Vertragsverhältnis entstehen wird, ist ebenso wie bei Dauerschuldverhältnissen³³⁶⁾ eine entsprechende Anwendung der §§ 626, 723 BGB berechtigt³³⁷⁾.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß die zwischen den Parteien mit dem Abschluß des Schiedsvertrags entstehende Verpflichtung, im Streitfalle die Herbeiführung eines Schiedsspruches zu ermöglichen, nicht gegen den prozessualen Charakter des Schiedsvertrags spricht.

4. Darüber, daß die *Ausgestaltung des Tatbestandes* den Vorschriften des materiellen Rechts unterliegt, besteht im wesentlichen Einigkeit. Die Anwendbarkeit der Normen des bürgerlichen Rechts folgt schon aus der Bestimmung des § 1025³³⁸⁾. Das gilt für das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit³³⁹⁾, die

³³³⁾ Vgl. Festschrift für Schlegelberger, 1936, S. 184 f.

³³⁴⁾ Vgl. *Goldmann*, Z郑 51, 442 ff.; Z郑 55, 329 ff. (Anm.); *Prager*, aaO. S. 19; *Habscheid*, aaO. S. 38 f.

³³⁵⁾ Auf die umstrittenen Einzelfragen braucht hier nicht eingegangen zu werden; vgl. u. a. *Baumbach*, aaO. S. 60; *Goldmann*, Z郑 51, 448 ff.; *Rosenberg*, § 166 II 6; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 1025 VII 2b; KG Z郑 55, 328 (mit Anm. von *Goldmann*).

³³⁶⁾ Vgl. *Enneccerus-Nipperdey*, § 58 II 1b; *Enneccerus-Lehmann*, § 4 II 4; § 132 III 8; BGH NJW 1951, 836 f.; BGH BB 1955, 1109.

³³⁷⁾ Zu dem gleichen Ergebnis kommt *Baumbach*, aaO. S. 60, auf dem Weg über § 242 BGB. Die Auffassung von *Rosenberg*, der den Schiedsvertrag seiner Rechtsnatur nach demjenigen Rechtsgebiet zuordnet, dem das abzuurteilende Rechtsverhältnis angehört (§ 166 II 1a, § 59, 2a), ist entgegen der Meinung von *Habscheid* (aaO. S. 34 linke Spalte, S. 35 rechte Spalte) durchaus mit der Zulassung der sofortigen Kündigung aus wichtigem Grunde vereinbar (vgl. § 166 II 6). Das gilt auch für den Fall, daß der Schiedsvertrag in bezug auf kaufvertragliche Beziehungen abgeschlossen wird (a. A. *Habscheid*, aaO. S. 34). Mit dem Schiedsvertrag entstehen zwischen den Vertragspartnern vertragliche Beziehungen, die mit den Dauerschuldverhältnissen vergleichbar sind, so daß die §§ 626, 723 BGB entsprechend angewandt werden können, gleichgültig, welchem Rechtsgebiet das abzuurteilende Rechtsverhältnis zugehört.

³³⁸⁾ *Schiedermair*, aaO. S. 141 f.

³³⁹⁾ Vgl. u. a. *Habscheid*, aaO. S. 36; *Jürgens*, S. 49 f.; *Kisch*, Z郑 51, 323; *Nikisch*, § 143 III 1; *Pohle*, aaO. S. 166; *Rosenberg*, § 166 II 6; *Schiedermair*, aaO. S. 142; a. A. *Kohler*, Gruch 31, 495.

Zulassung von Bedingungen³⁴⁰) und die Anwendung der Vorschriften über die Willensmängel³⁴¹). Bezüglich der Anfechtbarkeit ist dabei von Bedeutung, wann eine unverrückbare prozessuale Situation eintritt, die die Anfechtung des Schiedsvertrags ausschließt. Der Schiedsspruch und seine Niederlegung begründen keine solche Situation, da der Schiedsspruch durch das Prozeßgericht aufgehoben werden kann. Eine Ausnahme besteht dann, wenn sich der Irrtum auf die Person des Schiedsrichters bezieht, da regelmäßig zugleich ein Ablehnungsgrund im Sinne des § 1032 vorliegen wird³⁴²), der nach Erlaß des Schiedsspruchs selbst dann nicht mehr geltend gemacht werden kann, wenn die Partei den Ablehnungsgrund erst nach dem Schiedsspruch erfährt³⁴³). Im übrigen aber ist die Anfechtung des Schiedsvertrags auch noch nach Erlaß des Schiedsspruchs möglich³⁴⁴). Dem steht nicht entgegen, daß die Wirkungen des Schiedsvertrags in der Regel mit Erlaß des Schiedsspruchs infolge Zweckerfüllung außer Kraft treten³⁴⁵). Der Schiedsvertrag bleibt bis zur Aufhebung gem. § 1041 auch weiterhin die Grundlage des Schiedsspruchs. Es ist nicht berechtigt, den Schiedsvertrag schon während des Schiedsverfahrens „vernichtungsfest“ zu machen³⁴⁶), da sonst die anfechtungsberechtigte Partei des gesetzlichen Schutzes des § 1041 Ziff. 1 beraubt würde³⁴⁷). Läßt sich freilich eine Partei in Kenntnis des Anfechtungsgrundes ohne Vorbehalt auf das Schiedsverfahren ein, so ist darin entweder eine Heilung des bisher mangelhaften Vertrags³⁴⁸) oder der Abschluß eines neuen Schiedsvertrags zu sehen, so daß das Anfechtungsrecht verlorengeht. Um zu diesem praktisch zweckmäßigen Ergebnis zu kommen, braucht man nicht den Präklusionsgedanken des § 274 Abs. 3 zu Hilfe zu nehmen³⁴⁹). Mit der

³⁴⁰) Vgl. u. a. *Baumbach*, aaO. S. 52; *Nikisch*, § 143 V 1; *Prager*, aaO. S. 71; *Rosenberg*, § 166 II 6.

³⁴¹) Vgl. u. a. *Habscheid*, aaO. S. 36; *Jürgens*, S. 50; *Nikisch*, § 143 III 1; *Rosenberg*, § 166 II 6; a. A. *Walsmann*, AcP 102, 209 ff. Nach der hier vertretenen Grundauffassung kann *Baumbach*, aaO. S. 37, nicht darin zugestimmt werden, daß man die Möglichkeit der Anfechtung verneinen müsse, wenn man dem Schiedsvertrag PHcharakter zuspreche.

³⁴²) BGH NJW 1955, 709 = ZZZ 68, 222.

³⁴³) Vgl. *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 1032 III 2 (mit Nachweisen).

³⁴⁴) *Reichel*, ZZZ 51, 110; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 1025 VII 1.

³⁴⁵) Vgl. *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 1025 VII 2c.

³⁴⁶) Vgl. dazu *Habscheid*, aaO. S. 39.

³⁴⁷) Die von *Schiedermair*, aaO. S. 150 f., für den Prorogationsvertrag entwickelten Gedankengänge sind daher auch nicht auf den Schiedsvertrag anwendbar, wie *Habscheid* (aaO.) es, wenn auch unter Einschränkungen, annimmt. Gegen die Auffassung von *Schiedermair* s. oben S. 225 zu Anm. 246.

³⁴⁸) Vgl. die gesetzliche Regelung des § 101 Abs. 2 S. 3 ArbGG.

³⁴⁹) A. A. *Habscheid*, aaO. S. 39.

Annahme der Erneuerung des Schiedsvertrags bzw. der Heilung des Mangels³⁵⁰⁾ wird man dem Parteiwillen, auf den es hier in erster Linie ankommt, am besten gerecht. Dagegen widerspricht es den Interessen der Rechtspflege und der Parteien an einer Überprüfung des Schiedsvertrages durch das ordentliche Gericht, wenn man innerhalb des Schiedsverfahrens unter Anwendung des Präklusionsgedankens eine feste verfahrensrechtliche Situation entstehen läßt, die den Schiedsvertrag vernichtungsfest macht³⁵¹⁾.

Die Vorschrift des § 138 BGB, die für die zum Begriffskern gehörenden einseitigen PHen nicht gilt³⁵²⁾, ist beim Schiedsvertrag anwendbar³⁵³⁾. § 1025 Abs. 2 führt daneben nicht einen neuen Nichtigkeitsgrund ein, sondern stellt nur klar, wann insbesondere eine Sittenwidrigkeit vorliegt³⁵⁴⁾.

Wie auch sonst bei gegenseitigen Verträgen gewährt der Verzug eines Vertragspartners dem anderen ein Rücktrittsrecht³⁵⁵⁾.

Im wesentlichen gelten demnach für die Ausgestaltung des Tatbestandes die Grundsätze des bürgerlichen Rechts³⁵⁶⁾. Das schließt nicht aus, daß das für das abzuurteilende Rechtsverhältnis maßgebende Recht — sei es das materielle oder das Verfahrensrecht — die Wirksamkeitsvoraussetzungen des Schiedsvertrags anders regelt. Dafür kann — vor allem in der Frage des

³⁵⁰⁾ So die h. L.: vgl. u. a. RGZ 137, 253 (mit weiteren Nachweisen); OLG München HRR 1940, 626 (unter Berufung auf den Grundsatz von Treu und Glauben); *Baumbach*, aaO. S. 157; *Baumbach-Lauterbach*, § 1041, 4 E; *Rosenberg*, § 166 II 1a; § 167 II 2a; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 1025 VII 1; *Wohlfahrt*, LeipzigZ 1933, 907.

³⁵¹⁾ Vgl. *Habscheid*, aaO. S. 39, der in diesem Zusammenhang Anfechtungs- und Kündigungsgründe gleich behandelt. Für die Kündigung aus wichtigem Grund ist jedoch zu bedenken, daß das zwischen den Parteien bestehende Vertragsverhältnis, das einem Dauerschuldverhältnis ähnlich ist, mit dem Erlaß und der Niederlegung des Schiedsspruchs in der Regel infolge Zweckerreichung aufhört. Nach diesem Zeitpunkt kommt eine Kündigung nur dann in Betracht, wenn das Vertragsverhältnis an sich zur Durchführung weiterer Schiedsgerichtsverfahren bestehen bleiben soll. In diesem Fall wird aber praktisch selten nachträglich ein Kündigungsgrund entstehen. Soweit der Kündigungsgrund inhaltlich einen Ablehnungsgrund darstellt — wie beispielsweise bei dem Versuch einer Beeinflussung des Schiedsgerichts durch den Gegner —, gelten ebenso wie bei der Irrtumsanfechtung als zeitliche Grenze für die Erklärung der Kündigung der Erlaß und die Niederlegung des Schiedsspruchs, auch wenn der Kündigungsgrund erst nachträglich zur Kenntnis der Partei gelangt. Bei Rechtsbeugung liegt ein Aufhebungsgrund nach § 1041 vor (vgl. *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 1032 III 2).

³⁵²⁾ Vgl. *Baumgärtel*, ZZP 69, 124 ff.

³⁵³⁾ Vgl. *Nikisch*, § 143 III 5.

³⁵⁴⁾ *Pohle*, aaO. S. 168.

³⁵⁵⁾ *Baumbach*, aaO. S. 59; *Nikisch*, § 143 V 1; *Rosenberg*, § 166 II 6; vgl. auch *Pohle*, aaO. S. 169 f.

³⁵⁶⁾ Für den Schiedsvertrag gem. § 101 ArbGG vgl. *Dietz-Nikisch*, Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar, München, Berlin 1954, § 101 II 2.

Formerfordernisses — ein praktisches Bedürfnis bestehen³⁵⁷). Der Forderung von *Habscheid*, daß gemeinsame für alle Schiedsverträge geltende Regeln aufzustellen seien³⁵⁸), kann daher nur mit Einschränkung zugestimmt werden.

Die Ausgestaltung des Tatbestandes nach materiellem Recht spricht nicht ohne weiteres gegen die prozessuale Natur des Schiedsvertrags. Dieser wird dadurch nicht zu einem Rechtsgeschäft von doppelter rechtlicher Natur³⁵⁹). Die Anwendung der bürgerlichrechtlichen Vorschriften läßt sich wie auch bei den anderen Prozeßverträgen damit erklären, daß das Prozeßrecht hier auf die Normen des bürgerlichen Rechts zurückgreift. Irgendwelche Interessen der Rechtspflege werden davon nicht betroffen, da der Vertrag regelmäßig außerhalb eines ordentlichen Verfahrens abgeschlossen wird, so daß er außerhalb des Spannungsverhältnisses von Rechtsschutzzweck und Rechtsfriedensbewahrung steht³⁶⁰). Aber auch, wenn der Schiedsvertrag in einem anhängigen Prozeß abgeschlossen wird, stehen der Anwendung der Regeln des bürgerlichen Rechts irgendwelche Interessen der Rechtspflege nicht entgegen. Diese sind hinreichend dadurch gewahrt, daß die Anwendung der bürgerlichrechtlichen Normen die Möglichkeit der Überprüfung des Schiedsgerichtsverfahrens durch das ordentliche Gericht nicht berührt. Es besteht daher kein Bedürfnis dafür, den vor dem Prozeßgericht zustandekommenen Schiedsvertrag im Gegensatz zu dem außerhalb eines Verfahrens abgeschlossenen hinsichtlich der Voraussetzungen den für die unbestrittenen PHen geltenden Regeln zu unterstellen, wie *Jürgens* es annimmt³⁶¹).

³⁵⁷) Vgl. § 101 Abs. 2 S. 1 ArbGG, wonach für die Wirksamkeit des Schiedsvertrags Voraussetzung ist, daß er „im Tarifvertrag“ geschlossen wird; vgl. *Dersch-Volkmar*, Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar, 6. Aufl., Berlin, Frankfurt 1955, § 101, 7c.

³⁵⁸) AaO. S. 35.

³⁵⁹) A. A. *Kisch*, ZZP. 51, 323, 333; vgl. auch *Pohle*, aaO. S. 161.

³⁶⁰) *Lent*, § 94 II, und *Nikisch*, § 143 III 1, begründen die Anwendbarkeit der bürgerlichrechtlichen Grundsätze mit Recht damit, daß der Schiedsvertrag außerhalb des Prozesses abgeschlossen wird.

³⁶¹) AaO. S. 51. In der Frage der Willensmängel beruft er sich auf das Erfordernis der Prozeßsicherheit, mit der sich nicht die „Anfechtbarkeit eines Schiedsvertrags“ vereinbare, „dessen Abschluß mit Ausschließung der Zuständigkeit des Gerichts sofort das staatliche Verfahren“ beendige. Abgesehen davon, daß der vor Gericht abgeschlossene Schiedsvertrag als solcher keine prozeßbeendigende Wirkung hat, ist die Unbeachtlichkeit der Anfechtung des Schiedsvertrags für den beendeten Prozeß damit zu erklären, daß eine unverrückbare prozessuale Situation eingetreten ist. Die Parteien können jedoch durch den vor dem Prozeßgericht abgeschlossenen Schiedsvertrag nicht stärker gebunden werden als durch den außerhalb eines Verfahrens abgeschlossenen. Es muß ihnen die Möglichkeit bleiben, bei Vorliegen von Willensmängeln die Wirkungen des Schiedsvertrags zu beseitigen.

5. Für die prozessuale Theorie spricht die Abhebbarkeit des Schiedsvertrags von dem abzuurteilenden materiellen Rechtsverhältnis. Eine *selbständige* Bedeutung kommt dem Schiedsvertrag, wie *Kisch* überzeugend nachgewiesen hat³⁶²⁾, auch dann zu, wenn er nach dem Willen der Parteien nur für den Fall der Gültigkeit des Hauptvertrages Bestand haben soll³⁶³⁾. Es ist allein eine Frage der Auslegung des Vertrags, ob das Schiedsgericht auch über die Gültigkeit des Hauptvertrags³⁶⁴⁾ entscheiden soll oder nicht³⁶⁵⁾. In der Regel entspricht es den Interessen der Parteien am meisten, wenn der Schiedsvertrag Bestand behält. Daher ist der Vertrag im Zweifel so auszulegen³⁶⁶⁾.

6. Die *Funktion* des Schiedsvertrags läßt sich nur bedingt mit den Funktionen der zum Begriffskern gehörenden einseitigen PHen vergleichen. Soweit man auf die *negative* Wirkung des Vertrags, den Ausschluß der ordentlichen Gerichtsbarkeit, abstellt, kommt dem Vertrag freilich die bei den unbestrittenen PHen herausgestellte Funktion der Verhinderung des Sachurteils zu. Diese negative Wirkung braucht aber nicht in jedem Fall mit dem Abschluß des Schiedsvertrags einzutreten³⁶⁷⁾. Sie kann daher auch für die funktionelle Bedeutung des Schiedsvertrags allein nicht entscheidend sein. Die *positive* Wirkung des Schiedsvertrags, die Herbeiführung eines prozeßähnlichen Verfahrens vor einer privaten Instanz, entspricht dagegen keiner der normal-typischen Funktionen der unbestrittenen PHen. Daraus erklärt sich wohl die vielfach vertretene Auffassung, daß es sich bei dem Schiedsvertrag um einen Vertrag eigener Art handle³⁶⁸⁾. Bedenkt man jedoch, daß

³⁶²⁾ Jud 3, 53 ff., entgegen der früher von ihm vertretenen Ansicht (vgl. JW 1924, 1182 (Anm.)).

³⁶³⁾ *Kisch*, aaO. Sp. 60 Anm. 19.

³⁶⁴⁾ Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob das Schiedsgericht — in einer für das Prozeßgericht bindenden Weise — auch über die Gültigkeit der Schiedsklausel entscheiden kann; s. dazu unten S. 245 ff.

³⁶⁵⁾ *Kisch*, aaO. Sp. 59 f.; *Rosenberg*, § 166 II 2.

³⁶⁶⁾ Nur mit dieser Abänderung ist § 139 BGB überhaupt anwendbar. Die gegen die Anwendbarkeit dieser Vorschrift erhobenen Bedenken (vgl. RGZ 87, 10) entfallen, wenn man mit *Kisch* (Jud 3, 57) danach fragt, ob die Parteien den Schiedsvertrag auch dann geschlossen hätten, wenn sie sich die Möglichkeit eines Streits um die Gültigkeit des Hauptvertrags vorgestellt hätten.

Auf die umstrittene Frage, ob im Zweifel das Schiedsgericht über die Gültigkeit des Hauptvertrags entscheiden soll oder ob dies ausdrücklich vereinbart sein muß, braucht hier nicht näher eingegangen zu werden. Wie hier u. a. *Nikisch*, § 143 III 7; *Rosenberg*, § 167 II 2aa; a. A. u. a. RGZ 58, 155; RG JW 1935, 2617; OLG München HRR 1940, 626; OLG Hamburg DB 1951, 957; *Baumbach*, aaO. S. 44; *Baumbach-Lauterbach*, § 1025, 2 Db; *Jürgens*, S. 50 f.; *Prager*, aaO. S. 84 zu Anm. 32; offenbar auch *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 1025 VII 1.

³⁶⁷⁾ S. oben S. 233 f.

³⁶⁸⁾ Vgl. u. a. *Lent*, § 94 II.

das Schiedsverfahren dazu dient, den ordentlichen Prozeß zu ersetzen³⁶⁹), so- wie, daß auch mit der Schiedsgerichtsbarkeit „überparteiliche Rechtspflege“³⁷⁰) ausgeübt wird und daß die Schiedsrichter grundsätzlich streitentscheidend tätig werden³⁷¹), so wird deutlich, daß die Vereinbarung eines Schiedsgerichts den Parteien dazu dient, ihr „Recht zu suchen“. Dem Schiedsvertrag kommt die den PHen eigene generell-typische Funktion des „Rechtnehmens (Recht- suchens)“ zu. Daß der Schiedsvertrag in seiner positiven Wirkung keine der den unbestrittenen PHen eigenen normal-typischen Funktionen ausübt, hindert nicht, ihn unter der Fragestellung der funktionellen Bedeutung der PH für den Prozeß in den PHbereich einzubeziehen. Das Fehlen einer solchen Übereinstimmung mit den einseitigen PHen erklärt sich damit, daß der Schiedsvertrag das Verfahren als Ganzes betrifft. Mit Rücksicht auf die ihm zukommende Funktion des Rechtnehmens kann er als zum Begriffshof ge- hörend angesehen werden. Die Unbestimmtheit der zeitlichen Beziehung des Vertrags zum Verfahren steht der Annahme einer prozessualen Funktion ebensowenig entgegen wie beim Prorogationsvertrag.

Kommt dem Schiedsvertrag demnach eine rein prozessuale Funktion zu, so kann diese doch nicht in einer Disposition über den Streitgegenstand³⁷²) gesehen werden, gleichgültig, wie man den Streitgegenstandsbegriff auffaßt. Der Streitgegenstand im Schiedsverfahren wird erst durch die Einreichung der Klageschrift beim Schiedsgericht bestimmt. Im Schiedsvertrag werden lediglich die Grenzen festgelegt, in welchem Umfang über Streitigkeiten aus einem bestimmten materiellen Rechtsverhältnis das Schiedsgericht entscheiden soll. Die Bestimmung des Streitgegenstandes im konkreten Einzelfall bleibt derjenigen Partei überlassen, die das Schiedsgericht anruft. Es ist Sache des Schiedsgerichts, nachzuprüfen, ob der Streitgegenstand innerhalb der verein- barten Grenzen liegt. Diese Entscheidung unterliegt gem. § 1041 Abs. 1 Ziff. 1 der Nachprüfung durch das Gericht. Man könnte allenfalls insofern von einer Disposition über den Streitgegenstand sprechen, als das ordentliche Gericht über Klagebegehren, die innerhalb der im Schiedsvertrag vereinbarten Gren- zen liegen, auf Einrede des Beklagten hin sachlich nicht entscheiden darf. Es wurde jedoch schon ausgeführt, daß die negative Wirkung des Ausschlusses

³⁶⁹) *R. Bruns*, § 56 II; *Pohle*, aaO. S. 161, spricht von einem „prozeßähnlichen Ver- fahren“.

³⁷⁰) Vgl. *Rosenberg*, § 166 III 2c (in anderem Zusammenhang).

³⁷¹) S. oben S. 232.

³⁷²) So *Habscheid*, aaO. S. 35. *Prager*, aaO. S. 76, sieht in dem Schiedsvertrag eine „Verfügung über den Streitgegenstand“, meint damit aber offensichtlich die Verfügung über das materielle Rechtsverhältnis, welches Gegenstand des Ver- trags ist, wie sich aus seinem Hinweis auf *Kisch*, ZZZ 51, 323, ergibt.

der ordentlichen Gerichtsbarkeit für die Bestimmung der funktionellen Bedeutung des Schiedsvertrags allein nicht maßgebend sein kann³⁷³). Von dem hier vertretenen Standpunkt aus, wonach dem Schiedsvertrag die Funktion des Rechtnehmens zukommt, sind auch die praktischen Folgerungen, die *Habscheid* aus der von ihm vertretenen Auffassung für die Fragen der Beschränkung des Schiedsvertrags auf bestimmte Ansprüche und der Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichts zieht³⁷⁴), abzulehnen.

Sieht man in dem Schiedsvertrag einen Dispositionsakt der Parteien über die Art des Rechtnehmens, so wird man diesen auch die Befugnis zusprechen können, das Schiedsverfahren auf bestimmte Ansprüche aus einem streitigen Rechtsverhältnis zu beschränken. Es unterliegt dem freien Belieben der Parteien, in welchem Umfang sie sich der Entscheidung des Schiedsgerichts unterwerfen wollen³⁷⁵). Ein Bedürfnis dafür, dem Schiedsrichter möglichst eine „allumfassende Erledigung des Rechtsstreits“³⁷⁶) zu übertragen, ist nicht anzuerkennen. Den Parteien muß vielmehr die Möglichkeit bleiben, sich der Entscheidung des Schiedsgerichts nur bezüglich derjenigen Ansprüche zu unterwerfen, bei denen sie den Schiedsrichtern eine besondere Sachkunde zutrauen. Sie können daher das Schiedsverfahren auf Vertragsansprüche beschränken und die Entscheidung über Ansprüche aus unerlaubter Handlung dem ordentlichen Gericht belassen. Da bei Schiedsverträgen im Zusammenhang mit Kaufverträgen die Schiedsgerichte in der Regel mit Rücksicht auf ihre besonderen den Vertragsgegenstand betreffenden Branchenkenntnisse bestimmt werden, ist bei ihnen im Zweifel anzunehmen, daß sie nicht über Ansprüche aus unerlaubter Handlung entscheiden sollen, soweit diese Ansprüche eine Gestaltung durch Umstände erhalten haben, die außerhalb des Vertrages liegen³⁷⁷). Für eine solche Entscheidung haben die Schiedsrichter im Zweifel nicht das Vertrauen der Parteien. Es handelt sich hierbei allein um eine Frage der Auslegung des Schiedsvertrags³⁷⁸). Demgegenüber will *Habscheid* eine Beschränkung des Streitgegenstandes *kraft Parteiwillens* nur dann zulassen, wenn hierfür ein Rechtsschutzbedürfnis besteht³⁷⁹). Das soll nur dann nicht gelten, wenn *kraft Gesetzes* eine Beschränkung des Streitgegenstandes zulässig ist³⁸⁰). Dieser Fall liegt aber gerade dann vor, wenn die Entscheidung

³⁷³) S. oben S. 233 f.

³⁷⁴) AaO. S. 36 ff.

³⁷⁵) *Rosenberg*, § 166 II 2.

³⁷⁶) *Habscheid*, aaO. S. 37.

³⁷⁷) RG JW 1918, 263 f.; v. *Staff-Schönke*, aaO. S. 77 zu Anm. 160; *Sydow-Busch-Krantz-Triebe*, § 1025, 2.

³⁷⁸) Vgl. *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 1025 II 3 zu N 37; LG Essen JR 1950, 538.

³⁷⁹) AaO. S. 37; *KonkTreuH* 1955, 131.

³⁸⁰) AaO. S. 37.

über Ansprüche aus unerlaubter Handlung ausgeschlossen wird³⁸¹). Aus der Bestimmung des § 32 ist zu folgern, daß öffentliche Interessen einer Beschränkung der Schiedsgerichtsbarkeit in der Weise, daß die Entscheidung über Ansprüche aus unerlaubter Handlung beim ordentlichen Gericht verbleibt, nicht entgegenstehen³⁸²). Hier wird in Kauf genommen, daß der Streitfall nicht unter allen möglichen Gesichtspunkten geprüft wird. In den übrigen, wohl selteneren Fällen, in denen die gesetzliche Regelung keinen Anhaltspunkt gibt, ist das Erfordernis des Rechtsschutzbedürfnisses — schon wegen der über dieses Institut bestehenden Unklarheiten — kein geeignetes Kriterium für die Abgrenzung der Dispositionsmacht der Parteien. Im Interesse der Klarheit der verfahrensrechtlichen Situation ist lediglich zu fordern, daß sich der der schiedsrichterlichen Entscheidung entzogene Anspruch von den übrigen deutlich abgrenzen läßt und, soweit es sich um einen Teilanspruch handelt, selbständig Gegenstand eines Vertrags sein kann³⁸³).

Noch deutlicher zeigt sich in der Frage der Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichts, daß die Annahme eines Dispositionsaktes über den Streitgegenstand dem Wesen des Schiedsvertrags nicht gerecht wird. Daß die Schiedsrichter die sachliche Zuständigkeit des Schiedsgerichts, also sowohl die Gültigkeit des Schiedsvertrags³⁸⁴), als auch die Anwendbarkeit des Schiedsvertrags auf den konkreten Streitfall, zu *prüfen* haben, kann nicht bezweifelt werden³⁸⁵). Sie sind aber nicht *verpflichtet*, das einmal angelaufene Verfahren vollständig abzuwickeln, sondern können zur Herbeiführung einer Entscheidung des Prozeßgerichts über die Gültigkeit des Schiedsvertrags das Verfahren aussetzen. Das Gegenteil läßt sich nicht, wie *Habscheid* es will³⁸⁶),

³⁸¹) Der von *Habscheid* (aaO. S. 36 f.) abgelehnten Entscheidung des LG Essen (s. Anm. 378) liegt ein solcher Fall zugrunde.

³⁸²) In § 101 Abs. 2 ArbGG ist eine derartige Beschränkung gesetzlich verankert. Hätte der Gesetzgeber auch die Erstreckung auf Ansprüche aus unerlaubter Handlung, die in Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis stehen, beabsichtigt, so hätte er auf § 2 Abs. 1 Ziff. 2 ArbGG verwiesen, anstatt von „Rechtsstreitigkeiten aus einem Arbeitsverhältnis“ zu sprechen; vgl. *Dietz-Nikisch*, aaO. § 101 III 3; vgl. auch *Nikisch*, Arbeitsrecht, 1. Aufl., Tübingen 1951, S. 486.

³⁸³) *V. Staff-Schönke*, aaO. S. 69.

³⁸⁴) Eine andere Frage ist es, ob das Schiedsgericht über die Gültigkeit des Hauptvertrags entscheiden kann; s. oben S. 242.

³⁸⁵) *Baumbach*, der die Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichtes grundsätzlich verneint, macht die Prüfung der Rechtswirksamkeit des Schiedsvertrags von einer entsprechenden Parteivereinbarung abhängig (aaO. S. 104). Da die Zulässigkeit des Schiedsspruchs und sein Bestand von der Gültigkeit des Vertrags abhängen, wird man dem Schiedsgericht eine Prüfungsbefugnis auch ohne eine ausdrückliche Parteivereinbarung zugestehen müssen.

³⁸⁶) AaO. S. 38 linke Spalte.

damit begründen, daß Streitgegenstand im Schiedsverfahren sowohl die „Rechtsfolgenbehauptung“ als auch die „Verfahrensbehauptung“ sei³⁸⁷⁾, über die das Schiedsgericht zu entscheiden habe. Eine Änderung des § 1037, der die Aussetzung des Schiedsverfahrens zuläßt, kann de lege ferenda nicht empfohlen werden, da es aus prozeßökonomischen Gründen unzweckmäßig erscheint, die vollständige Durchführung des Schiedsverfahrens auch dann zu verlangen, wenn die Schiedsrichter selbst erhebliche Zweifel an der Gültigkeit des Schiedsvertrags haben. Untersucht man die Frage, ob die Parteien das Schiedsgericht ermächtigen können, über seine eigene Zuständigkeit in einer für das ordentliche Gericht *bindenden* Weise zu entscheiden³⁸⁸⁾, allein unter dem Gesichtspunkt der Disposition der Parteien über die „Verfahrensbehauptung“ als einen Teil des Streitgegenstandes, so liegt es allerdings nahe, eine derartige Dispositionsbefugnis der Parteien unter Berufung auf die Privatautonomie zu bejahen³⁸⁹⁾. Da bei einer Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichts die Nachprüfung der Gültigkeit des Schiedsvertrags durch das ordentliche Gericht ausgeschlossen ist, liegt in der Vereinbarung der Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichts gleichzeitig ein vorgängiger Verzicht auf den Aufhebungsgrund des § 1041 Abs. 1 Ziff. 1. Dieser wird daher auch von *Habscheid* ohne weiteres für zulässig gehalten³⁹⁰⁾. Sieht man dagegen in dem Schiedsvertrag eine Disposition der Parteien über die Art des Rechtnehmens, so entstehen sofort Bedenken, ob ein so weitgehender vorgängiger Verzicht auf den Rechtsschutz durch das ordentliche Gericht überhaupt zulässig ist. Abgesehen davon, daß die Bestimmung des § 1041 Abs. 2 gegen die Zulässigkeit eines vorgängigen Verzichts auf die Geltendmachung eines Aufhebungsgrundes gem. § 1041 Abs. 1 Ziff. 1 spricht³⁹¹⁾, ist eine derart weitgehende Einschränkung der Entschlußfreiheit der Parteien auch mit dem Zweck des Instituts der Schiedsgerichtsbarkeit unvereinbar. Diese Einrichtung soll es den Parteien ermöglichen, zur Entscheidung ihrer Streitigkeiten eine private Instanz anzurufen, zu der sie ein besonderes Vertrauen haben. Dieses Vertrauen kommt in dem Schiedsvertrag zum Ausdruck. Liegt ein gültiger Schiedsvertrag nicht vor, so fehlt auch die Vertrauensgrundlage für die Tätigkeit des Schiedsgerichts. Ob die Vertrauensgrundlage besteht, kann daher

³⁸⁷⁾ AaO. S. 37 rechte Spalte.

³⁸⁸⁾ Nur dies ist der Fall der „Kompetenz-Kompetenz“ des Schiedsgerichts; vgl. *Henn*, NJW 1954, 1835.

³⁸⁹⁾ So *Habscheid*, aaO. S. 38.

³⁹⁰⁾ AaO. S. 38 linke Spalte. Daß ein Verzicht auf die Aufhebungsklage *nach* Erlaß des Schiedsspruchs für alle Aufhebungsgründe des § 1041 mit Ausnahme des in Ziff. 2 genannten zulässig ist, bedarf hier keiner Erörterung.

³⁹¹⁾ Vgl. *Rosenberg*, § 167 II 1.

nicht vom Schiedsgericht selbst, sondern nur vom ordentlichen Gericht endgültig entschieden werden. Es widerspräche diesem Grundgedanken des Schiedsgerichtsverfahrens, wollte man das Schiedsgericht für befugt halten, *bindend* über die Gültigkeit des Schiedsvertrags zu entscheiden. Die endgültige Entscheidung darüber darf dem ordentlichen Gericht nicht entzogen werden. Die Parteien können demnach nicht im voraus auf den Aufhebungsgrund des § 1041 Abs. 1 Ziff. 1 verzichten³⁹²⁾. Die Kompetenz-Kompetenz steht dem Schiedsgericht grundsätzlich nicht zu³⁹³⁾.

7. *Zusammenfassend* kann festgestellt werden, daß die Wirkungen und Funktion des Schiedsvertrags rein prozessualen Charakter haben. Der Schiedsvertrag ist daher als Prozeßvertrag zu bezeichnen. Daß die Ausgestaltung des Tatbestandes den Vorschriften des bürgerlichen Rechts unterliegt, erklärt sich damit, daß der Vertrag außerhalb des Spannungsverhältnisses von Rechtsschutzzweck und Rechtsfriedensbewahrung zustandekommt.

Ob der Schiedsvertrag PHcharakter hat³⁹⁴⁾, kann endgültig erst bei der

³⁹²⁾ Zur Frage der Heilung durch vorbehaltlose Einlassung: RGZ 137, 253 f.; OLG München HRR 1940, 626; s. auch oben S. 239.

³⁹³⁾ Im Ergebnis wie hier: *Baumbach*, aaO. S. 104, 157; *Henn*, NJW 1954, 1835; *Kreuzer*, NJW 1954, 543; *Pohle*, aaO. S. 168; *Prager*, aaO. S. 87; *Siebel*, NJW 1954, 543; *Werthauer*, NJW 1953, 1417, der sich auf Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG beruft. Das ist nach den obigen Ausführungen nicht erforderlich. Vgl. auch *Wohlfahrt*, LeipzZ 1930, 908. *Rosenberg* erklärt einerseits den vorgängigen Verzicht auf den Aufhebungsgrund des § 1041 Abs. 1 Ziff. 1 für unwirksam (§ 167 II 1), vertritt aber andererseits unter Berufung auf die Rechtsprechung des RG die Auffassung, daß der Aufhebungsgrund des § 1041 Abs. 1 Ziff. 1 entfalle, wenn dem Schiedsgericht die Entscheidung über die Gültigkeit der Schiedsgerichtsklausel übertragen werde (§ 166 II 2, § 167 II 2 a α). A. A. für die Klausel „Hamburger freundschaftliche Arbitrage“ RG ZPP 59, 66; BGH MDR 1952, 487, wonach das Schiedsgericht auch über seine eigene Zuständigkeit bindend entscheiden kann. Die Entscheidung des OLG Hamburg, MDR 1947, 133, auf die sich der BGH in seiner Entscheidung bezieht, betrifft die ganz andere Frage, ob das Schiedsgericht berufen ist, auch über die Gültigkeit des Hauptvertrags zu entscheiden. Als Vorfrage entscheidet das Schiedsgericht hier freilich auch über die Gültigkeit des Schiedsvertrags, da es die Nichtigkeit des Hauptvertrages nur dann bindend feststellen kann, wenn es den Fortbestand der Schiedsklausel trotz Nichtigkeit des Hauptvertrags bejaht (vgl. OLG Hamburg DB 1951, 957). Die Berechtigung des Schiedsgerichts für eine solche Entscheidung ist im Zweifel zu bejahen. Mit der Ermächtigung des Schiedsgerichts, über die Gültigkeit des Hauptvertrags zu entscheiden, unterwerfen sich die Parteien aber nicht auch im übrigen der Entscheidung des Schiedsgerichts über seine Kompetenz, soweit diese aus einem anderen Grunde als dem der Nichtigkeit des Hauptvertrages zweifelhaft ist.

³⁹⁴⁾ Der Vertragscharakter steht dem an sich nicht entgegen, wie *Habscheid* (aaO. S. 35 linke Spalte) annimmt. Das ist gerade von *Schiedermair*, dem *Habscheid* hinsichtlich der Qualifikation des Schiedsvertrags folgt — er bezeichnet ihn als eine Vereinbarung im Zivilprozeß — überzeugend nachgewiesen worden (vgl. Prozeßvereinbarungen, S. 167).

zusammenfassenden Aufstellung der Begriffsmerkmale entschieden werden. Unter der Fragestellung der Abgrenzung der PH von dem bürgerlichrechtlichen Parteiverhalten unterscheidet sich der Schiedsvertrag von den zum Begriffskern gehörenden unbestrittenen PHen — abgesehen von der Ausgestaltung des Tatbestandes — auch durch seine nur mittelbare verfahrensgestaltende Wirkung. Es gilt jedoch auch hier, was entsprechend beim Prorogationsvertrag ausgeführt wurde, daß die negative Wirkung des Ausschlusses der ordentlichen Gerichtsbarkeit bereits mit Abschluß des Schiedsvertrags eintritt, und daß die Einrede nur die Form ist, um diese unmittelbare Wirkung des Schiedsvertrags zur Geltung zu bringen. Unter der zweiten für die Bildung und Bestimmung des PHbegriffs in Betracht kommenden Fragestellung der funktionellen Bedeutung für den Prozeß gehört der Schiedsvertrag dagegen unzweifelhaft zum PHbereich.

III. Die Beweisverträge

1. Die sog. Beweisverträge werden in der Regel vor Beginn des Verfahrens abgeschlossen³⁹⁵⁾. Ihre Zulässigkeit³⁹⁶⁾ ist ebenso umstritten wie die Frage ihrer Rechtsnatur³⁹⁷⁾. Eine Einigkeit in diesen für die Praxis wichtigen Fragen konnte früher schon deshalb nicht erzielt werden, weil es an einer einheitlichen Terminologie fehlte. Erst die eingehenden Untersuchungen von

³⁹⁵⁾ *Knecht*, S. 100; *Dickhoff*, S. 63.

³⁹⁶⁾ Häufig wird die Zulässigkeit für sämtliche Beweisvereinbarungen, auch solche in Form materiellrechtlicher Verträge, verneint; vgl. u. a. *Bülow*, AcP 64, 62 ff.; *Geständnisrecht*, S. 181 ff.; *Dittrich*, S. 18 f.; *Ehrenzweig*, Grünh 18, 238; *Goldschmidt*, S. 312; dagegen läßt er in seinem Lehrbuch (§ 44, 1 a) Beweismittelverträge in beschränktem Umfange zu; *Hegler*, Beiträge, S. 124 ff.; *Hellwig*, Syst. I, S. 450; *Hoffmann*, S. 39 ff.; *Kleinfeller*, S. 201; *R. Schmidt*, S. 144 Anm. 1; *Seuffert-Walsmann*, § 138, 3; §§ 282, 283, 1; § 287, 3; weitere Nachweise bei *Sachse*, ZZZ 54, 410. Vielfach wird die Zulässigkeit auf einzelne Verträge beschränkt, wie beispielsweise auf die Beweislastverträge, vgl. *Riezler*, Internationales Zivilprozeßrecht und prozessuales Fremdenrecht, S. 43 f., 468; *Rosenberg*, Die Beweislast, 4. Aufl., München, Berlin, 1956, S. 86 ff.; Lb., § 111 IV 3 a; oder auf die Beweismittelverträge, vgl. *Förster-Kann*, § 138, 5, § 282, 4 b cc; offenbar auch *Baumbach-Lauterbach*, § 282, 3 B, Anh. nach § 282, 1 B.

³⁹⁷⁾ Einen rein privatrechtlichen Vertrag, der nicht gem. §§ 888, 894 erzwingbar sei und dessen Verletzung lediglich zum Schadensersatz verpflichte, nehmen u. a. *Jürgens*, S. 40; *Niese*, Dissertation, S. 75 f., 83, 86; *Schüller*, S. 28, 35, und offenbar auch *Oertmann*, ZZZ 45, 405, an.

Für einen rein prozessualen Vertrag u. a. *Sachse*, ZZZ 54, 409 ff.; *Schiedermair*, Prozeßvereinbarungen, S. 80 ff., 119 ff.; *Knecht*, S. 57 ff.; *Dickhoff*, S. 33, 69 f.; weitgehend auch *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 282 VII, § 286 III 6.

Einen durch Klage erzwingbaren materiellrechtlichen Vertrag nehmen u. a. *Förster-Kann*, § 138, 5, und *Tägert*, Beiträge zur Theorie des Feststellungsvertrages, Breslau 1934, S. 54, an.

*Sachse*³⁹⁸), *Schüller*³⁹⁹), *Schiedermair*⁴⁰⁰), *Knecht*⁴⁰¹) und *Dickhoff*⁴⁰²) haben hier weitgehend Klarheit geschaffen. Danach fallen folgende Verträge unter den umfassenden Begriff der Beweisverträge:

- a) Geständnisverträge, die zum Inhalt haben, daß „eine bestimmte Tatsache unwiderleglich oder wenigstens dann, wenn nicht ihr Gegenteil bewiesen wird, unbestreitbar feststehen soll“⁴⁰³);
- b) Vermutungsverträge, bei denen — mit oder ohne Vorbehalt des Beweises des Gegenteils — eine Tatsache als bewiesen gelten soll, falls eine andere bewiesen wird⁴⁰⁴);
- c) Beweismittelverträge, bei denen die Beweisführung beschränkt wird, indem bestimmte Beweismittel ausgeschlossen werden oder nur ein bestimmtes Beweismittel zugelassen wird⁴⁰⁵).

Vielfach werden auch die Beweislastverträge den Beweisverträgen zugeordnet⁴⁰⁶). Damit wird aber der funktionelle Unterschied zwischen beiden Vertragsarten verwischt. Während die Beweisverträge dazu dienen, die Tatsachenfeststellung zu erleichtern, beziehen sich die Beweislastverträge auf die Frage der Rechtsanwendung im Falle eines *non liquet*, indem sie „die Ungewißheit einer Tatsache der einen oder der anderen Partei zur Last legen“⁴⁰⁷). Die Geständnisverträge mit Vorbehalt des Beweises des Gegenteils, die häufig als Beweislastverträge bezeichnet werden⁴⁰⁸), dienen allein der Tatsachenfest-

³⁹⁸) ZZP 45, 409 ff.

³⁹⁹) Die Wirksamkeit von Beweisverträgen nach geltendem Prozeßrecht, Dissertation, Göttingen 1932.

⁴⁰⁰) Prozeßvereinbarungen.

⁴⁰¹) Die Beweisverträge im Zivilprozeß, Dissertation Freiburg i. Br. 1937.

⁴⁰²) Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß, Dissertation Erlangen 1941.

⁴⁰³) *Schiedermair*, aaO. S. 120; vgl. auch *Sachse*, aaO. S. 419; *Schüller*, S. 8; *Knecht*, S. 37; *Dickhoff*, S. 16.

⁴⁰⁴) *Schiedermair*, aaO. S. 120; vgl. auch *Sachse*, aaO. S. 423; *Knecht*, S. 39; *Dickhoff*, S. 16 f.; nur die beiden letzteren sprechen ausdrücklich von „Vermutungsverträgen“.

⁴⁰⁵) Vgl. *Sachse*, aaO. S. 426; *Schüller*, S. 12 ff.; *Schiedermair*, aaO. S. 119; *Knecht*, S. 39 f.; *Dickhoff*, S. 17; nur die beiden letzteren sprechen ausdrücklich von „Beweismittelverträgen“.

⁴⁰⁶) Gegen diese Gleichstellung u. a. *Leonhard*, Die Beweislast, 2. Aufl., Berlin 1926, S. 198; *Rosenberg*, Die Beweislast, S. 86 f.; *Schmeling*, Die Rechtsnatur der Beweislastfrage, Dissertation Erlangen 1952 (Maschinenschrift), S. 127.

⁴⁰⁷) *Rosenberg*, Die Beweislast, S. 87.

⁴⁰⁸) Vgl. u. a. *Schiedermair*, aaO. S. 81; *Knecht*, S. 38, 68; *Dickhoff*, S. 56 ff.; ähnlich *Schüller*, S. 15 f.

stellung⁴⁰⁹). Sie sind in Wahrheit Beweisverträge⁴¹⁰). Das gleiche gilt für die Vermutungsverträge⁴¹¹). Schon diese ganz andere Funktion der Beweislastverträge macht deutlich, daß sie mit den eigentlichen Beweisverträgen nichts gemeinsam haben⁴¹²). Auch ihre Wirkung ist eine andere. Mit ihnen wird nicht das Verfahren gestaltet, sondern eine von den Beweislastnormen abweichende Regelung getroffen. Da die Beweislastnormen als der Rechtsanwendung dienend materielles Recht sind⁴¹³), ist auch den Verträgen, die sich auf sie beziehen, ein materiellrechtlicher Charakter zuzusprechen⁴¹⁴).

Die Zulässigkeit der Beweislastverträge richtet sich danach, ob „die Parteien in der Lage sind, die Voraussetzungen für die Anwendung einer materiellen Rechtsnorm vertraglich zu schaffen oder zu beeinflussen“⁴¹⁵). Da die Vertragsfreiheit im Bereich des bürgerlichen Rechts nicht unbeschränkt gilt, sind auch Beweislastverträge nicht unbegrenzt zulässig⁴¹⁶). Die hier abgelehnte Auffassung, nach der die Beweislastnorm prozessualen Charakter haben soll⁴¹⁷), steht der Zulässigkeit der Beweislastverträge grundsätzlich nicht entgegen. Mit diesen Verträgen wird nicht etwa in die freie richterliche Beweiswürdigung eingegriffen, da es zu der Frage, welcher Partei die Ungewißheit einer bestimmten Tatsache zur Last fällt, erst nach Abschluß der Beweiswürdigung kommt⁴¹⁸). Für die Frage der Zulässigkeit der Beweislastverträge kommt es daher auf die Rechtsnatur der Beweislastnorm nicht an⁴¹⁹).

⁴⁰⁹) *Schiedermair*, aaO. S. 120 Anm. 66, ist selbst der Ansicht, daß diese Verträge „in Wahrheit gar keine ‚Verschiebung der Beweislast‘ bedeuten“; ebenso *Knecht*, S. 68; *Dickhoff*, S. 58.

⁴¹⁰) *Schmeling*, S. 127.

⁴¹¹) Zu Unrecht bezeichnet *Betzinger*, Die Beweislast im Civilprozess, 2 Aufl., Berlin 1904, S. 140, diese als Beweislastverträge.

⁴¹²) *Schmeling*, S. 129.

⁴¹³) Dies kann im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht näher begründet werden. Vgl. u. a. *Nikisch*, § 82 III 2; *Schmeling*, S. 91 ff., 95; *Schnorr v. Carolsfeld*, Arbeitsrecht, S. 56, 477; zu dem Streit um die Rechtsnatur der Beweislastnorm vgl. *Rosenberg*, Die Beweislast, S. 77 ff. (mit Nachweisen).

⁴¹⁴) *Nikisch*, § 82 VI 4. Es kann *Schmeling*, S. 133, nicht darin gefolgt werden, daß die Frage der Rechtsnatur der Beweislastnormen für die Qualifikation der Beweislastverträge ohne Bedeutung sei, denn die Rechtsnatur eines Instituts bestimmt sich in erster Linie nach der Wirkung, die bei den Beweislastverträgen in einer von den Beweislastnormen abweichenden Regelung zu sehen ist.

⁴¹⁵) *Nikisch*, § 82 VI 4; ebenso *Schmeling*, S. 131 f.

⁴¹⁶) Vgl. *Rosenberg*, Die Beweislast, S. 87. *Neuner*, S. 184, hält die Zulässigkeit der Beweislastverträge aus diesem Grund für zweifelhaft, ist aber auf Grund der Rechtsentwicklung der Auffassung, daß sie „als gewohnheitsrechtlich zulässig zu erachten“ seien.

⁴¹⁷) So die wohl h. L. Vgl. die Nachweise bei *Rosenberg*, aaO. S. 78 Anm. 1.

⁴¹⁸) *Schmeling*, S. 132.

⁴¹⁹) *Sachse*, aaO. S. 425; *Schiedermair*, aaO. S. 81; *Schmeling*, S. 133 (mit weiteren Nachweisen Anm. 1).

Da die Wirkung und die Funktion der Beweislastverträge materiellrechtlichen Charakter haben, kommen diese Verträge für den PHbereich nicht in Betracht.

Auch von anderen Verträgen rein materiellrechtlicher Natur sind die Beweisverträge abzugrenzen. Hierher gehören die sog. Anerkennungs- und Feststellungsverträge, die nicht die Feststellung einer bestimmten Tatsache, sondern das Anerkenntnis eines Rechtsverhältnisses⁴²⁰⁾ bzw. die Feststellung des genauen Inhalts eines schon bestehenden Rechtsverhältnisses⁴²¹⁾ zum Inhalt haben. Materiellrechtlicher Natur sind auch solche Verträge, die das Entstehen oder den Inhalt eines *Rechtsverhältnisses* von dem Nachweis bestimmter Voraussetzungen abhängig machen, im Gegensatz zu denjenigen Verträgen, die den *Beweis* einer *Tatsache* regeln. Zu jenen gehört z. B. die Vereinbarung, daß nur die katalogisierten Bücher einer Bibliothek versichert sind, so daß auch nur für sie eine Prämie zu zahlen ist, und zu diesen die Abmachung, daß der bei einem Brand der Bibliothek entstehende Verlust durch einen Katalog nachzuweisen ist⁴²²⁾. Ferner gehört hierher die Vereinbarung, daß der Vertragsinhalt — vor allem zur Anpassung an veränderte Umstände⁴²³⁾ — von einem sachkundigen Schätzer oder Gutachter bestimmt werden soll. Diese vielfach als „Schiedsgutachtenvertrag“ bezeichnete Vereinbarung⁴²⁴⁾ zielt auf eine Gestaltung der materiellen Rechtslage ab. Der Vertrag hat nichts Prozessuales an sich⁴²⁵⁾. Er ist streng zu unterscheiden⁴²⁶⁾ von den beiden anderen Arten des Schiedsgutachtens, die — zur Vermeidung eines Rechtsstreits⁴²⁷⁾ — der Feststellung von Tatbestandselementen dienen, indem entweder vereinbart wird, daß der Schiedsgutachter einen „dem Unkundigen verborgenen, dem Sachkundigen aber auffindbaren und bereits objektiv bestimmten“ Inhalt der Leistung herausstellt, oder „gewisse Unterlagen und Tatsachen vermöge

⁴²⁰⁾ Vgl. *Enneccerus-Lehmann*, § 201 II; *Knecht*, S. 35 f. Dem wird die Terminologie bei *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, die die „Vereinbarungen der Parteien, eine Tatsache im Prozeß nicht oder unter bestimmten Voraussetzungen nicht bestreiten zu wollen“, als Anerkennungsverträge bezeichnen (§ 138 III), nicht gerecht.

⁴²¹⁾ Vgl. *Enneccerus-Lehmann*, § 201 II 4, und eingehend *Tägers*, Beiträge zur Theorie des Feststellungsvertrages.

⁴²²⁾ Vgl. die weiteren Beispiele bei *Nikisch*, § 82 VI 4.

⁴²³⁾ Vgl. RGZ 152, 201.

⁴²⁴⁾ Vgl. RG WarnRsp 1915, Ergänzungsband VIII S. 200; gegen diese Terminologie *Jonas*, JW 1937, 221 f. (Anm.).

⁴²⁵⁾ *Jonas*, aaO.; ebenso bezüglich des sog. „bestimmenden“ Schiedsgutachtenvertrags *Jürgens*, S. 69.

seiner Sachkunde“ beschafft und für die Parteien bindend feststellt⁴²⁶). Soweit der Schiedsgutachtenvertrag auf die *Feststellung* von Tatsachen oder Tatbestandselementen, nicht aber auf die *Schaffung* einer materiellrechtlichen Voraussetzung des Anspruchs abzielt, gehört er seiner funktionellen Bedeutung nach zu den Beweisverträgen⁴²⁶). Daß in dem Streit um die Rechtsnatur des Schiedsgutachtenvertrags bisher eine Einigkeit nicht erzielt werden konnte, ist wohl in erster Linie darauf zurückzuführen, daß zwischen den verschiedenen Bedeutungen, die dieser Vertrag haben kann⁴³⁰), nicht immer klar genug unterschieden wird.

2. Vielfach werden nur die im vorhergehenden aufgezeigten materiellrechtlichen Verträge für *zulässig* gehalten, dagegen nicht Beweisverträge mit prozessualen Wirkungen⁴³¹). Als wichtigstes Argument dafür wird angeführt, daß durch eine Bindung des Richters an vertragliche Beweisbestimmungen der Parteien — beispielsweise durch Festlegung der Beweiskraft einzelner Beweis-

⁴²⁶) Förster-Kann, § 1025, 2 a, aa a; Jonas, aaO.; diese Frage ist neuerdings eingehend von Habscheid untersucht worden (Festschrift für Heinrich Lehmann, 1956, S. 789 ff.; im folgenden abgekürzt: Festschrift). Diese Abhandlung erschien, als das Manuskript bereits abgeschlossen war. Da ich in der wichtigen Frage der Unterscheidung der einzelnen Arten des Schiedsgutachtenvertrages zu dem gleichen Ergebnis gekommen bin wie Habscheid, habe ich meine Ausführungen im Text unverändert gelassen und nur zu einzelnen Fragen, in denen ich anderer Auffassung bin, in den Anmerkungen Stellung genommen.

⁴²⁷) Auch Habscheid, aaO. S. 789 f., 807 hebt die „streitvorbeugende“ Funktion der schiedsgutachterlichen Tätigkeit hervor.

⁴²⁸) RGZ 96, 60; ebenso Habscheid, MDR 1954, 393; zur Abgrenzung zwischen beiden Vertragsarten vgl. Habscheid, Festschrift, S. 792 Anm. 17; demgegenüber hält Jürgens — ausgehend von der unrichtigen Auffassung, daß dem Schiedsgutachtenvertrag nur materiellrechtliche Wirkungen zukommen können, — lediglich eine Unterscheidung zwischen sog. bestimmenden und sog. entscheidenden Schiedsgutachten für erforderlich; vgl. aaO. S. 64 Anm. 187.

⁴²⁹) Ebenso im Ergebnis Schiedermaier, aaO. S. 122 Anm. 71; Habscheid, aaO. S. 801, 803 f., 811. Im Unterschied zu der im folgenden vertretenen Auffassung von der prozessualen Rechtsnatur dieser Verträge sieht Habscheid in ihnen mit Rücksicht auf die durch den Abschluß eines solchen Schiedsgutachtenvertrages entstehende Verpflichtungswirkung — ähnlich wie beim Schiedsvertrag — gemischte, „bürgerlichrechtlich prozesuale“ Vereinbarungen (aaO. S. 809). Die privatrechtlichen Verpflichtungen, die mit Abschluß des Vertrages entstehen, sind jedoch auch hier nur Nebenwirkungen. Die für den Schiedsvertrag getroffenen Feststellungen (s. oben S. 234 ff.) gelten daher sinngemäß auch für den Schiedsgutachtenvertrag.

⁴³⁰) Vgl. RGZ 96, 59 f.; das RG stellt den Schiedsgutachtenvertrag aber selbst zu Unrecht den Beweisverträgen gegenüber (aaO. S. 59).

⁴³¹) Vgl. u. a. Jürgens, S. 62 f.; Nikisch, § 84 III 2; Weismann, I, S. 117, 156.

mittel — der Grundsatz der freien Beweiswürdigung verletzt werde⁴³²). Auch lassen sich Bedenken dagegen erheben, daß einzelnen Beweisverträgen eine Geständniswirkung zukommen soll, deren Eintritt vom Gesetz in bestimmter Weise an die Vornahme oder Unterlassung von PHen geknüpft ist. Entscheidend ist hierbei zunächst die Frage, ob die *gleiche* Wirkung auch durch einen Vertrag, der vom Gesetz nicht ausdrücklich geregelt ist, erzielt werden kann⁴³³). Wenn man über diese Bedenken hinwegkommen sollte, so bliebe es immer noch fraglich, ob eine so weitgehende Einschränkung der Entschlußfreiheit der Parteien mit dem Zweck der betreffenden prozessualen Befugnisse vereinbar ist⁴³⁴).

Zur Klärung dieser Zweifelsfragen ist von den in Betracht kommenden prozessualen Wirkungen der Beweisverträge auszugehen. Den Geständnis- und Vermutungsverträgen — mit und ohne Vorbehalt des Beweises des Gegenteils — ist gemeinsam, daß sie sowohl eine positive als auch eine negative Wirkung haben können. Die positive Wirkung besteht darin, daß die als feststehend vereinbarte Tatsache ebenso wie beim gerichtlichen Geständnis nicht mehr beweisbedürftig ist und vom Gericht als wahr unterstellt werden muß⁴³⁵), die negative darin, daß die Befugnis zum Bestreiten ausgeschlossen wird⁴³⁶). Die Beweismittelverträge dagegen haben regelmäßig nur eine negative Wirkung, die in der Beschränkung der Beweisführung auf das vereinbarte Beweismittel und damit in dem Ausschluß⁴³⁷) der Befugnis besteht, für den Beweis einer Behauptung auch andere Beweismittel zu gebrauchen. Erst in zweiter Hinsicht kommt bei den drei verschiedenen Arten von Beweisverträgen die Schaffung einer prozessualen Einredebefugnis mit der Wirkung, daß das vertragswidrige Verhalten unberücksichtigt bleibt, in Betracht⁴³⁸).

Die vorstehende Übersicht zeigt, daß die Beweisverträge in die freie rich-

⁴³²) Vgl. u. a. *Bülow*, AcP 64, 64 (für die Beweismittelverträge); *Kohler*, Gruch 31, 304 (für die Geständnisverträge); *Schüller*, S. 28, 30, 34; *Niese*, Dissertation, S. 75 (für die Beweismittelverträge); *Rosenberg*, § 111 IV 3 a.

⁴³³) Vgl. hierzu *Schiedermair*, aaO. S. 75, 120.

⁴³⁴) Vgl. *Nikisch*, § 55 II 2, 3.

⁴³⁵) Hiergegen *Schiedermair*, aaO. S. 120.

⁴³⁶) Vgl. *Sachse*, aaO. S. 418; *Schiedermair*, aaO. S. 120; *Dickhoff*, S. 62 f. Widerspruchsvoll ist die Auffassung von *Knecht*, der den Verträgen nur eine negative Wirkung beilegt (aaO. S. 97), jedoch meint, daß sie die *gleichen* Wirkungen wie das gerichtliche Geständnis hervorrufen (aaO. S. 99).

⁴³⁷) Vgl. *Schiedermair*, aaO. S. 119.

⁴³⁸) Vgl. *Schiedermair*, aaO. S. 120 f.

terliche Beweiswürdigung eingreifen⁴³⁹⁾, gleichgültig, welche prozessuale Wirkung man ihnen beilegt, ob die positive oder die negative oder die Schaffung einer Einredebefugnis. Der Eingriff in die freie Beweiswürdigung ist bei den Geständnis- und Vermutungsverträgen allerdings stärker als bei den Beweismittelverträgen, da jene im Ergebnis immer dazu führen, daß der Richter die als feststehend vereinbarte Tatsache unter Ausschaltung seiner Überzeugung als wahr behandeln muß, während diese durch die Festlegung der Beweismittel die richterliche Beweiswürdigung nur mittelbar betreffen. Für die Frage der Zulässigkeit der Beweisverträge ist danach von entscheidender Bedeutung, ob und inwieweit der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung durch Parteivereinbarungen eingeschränkt werden kann.

Naheliegend ist der Gedanke, den Parteien die Befugnis zu einer Beschränkung der freien Beweiswürdigung schon vor Beginn des Verfahrens in dem gleichen Umfang zu gewähren, wie sie ihnen während des Verfahrens auf Grund der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime⁴⁴⁰⁾ möglich ist. Der Eingriff in die freie richterliche Beweiswürdigung ist bei einer vorherigen vertraglichen Festlegung nicht größer, als wenn eine Partei im Laufe des Verfahrens ein Geständnis abgibt bzw. eine gegnerische Behauptung nicht bestreitet oder von den ihr zu Gebote stehenden Beweismitteln keinen Gebrauch macht. Es ist nach der Verhandlungsmaxime Sache der Parteien, darüber zu bestimmen, welche Tatsachen auf ihre Wahrheit hin geprüft werden sollen und welche als wahr zu unterstellen sind und welche Beweismittel im Prozeß verwandt werden sollen. Insofern verstößt eine vorherige Festlegung des Parteiverhaltens nicht gegen den Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Der Verhandlungsgrundsatz gilt allerdings nicht unbegrenzt. Ein Geständnisvertrag, der zur Durchführung eines Scheinprozesses abgeschlossen wird, schließt die Wahrheitsprüfung nicht aus⁴⁴¹⁾. Soweit das Gericht von sich aus Beweis erheben kann wie gem. §§ 144, 272 b Abs. 2 Ziff. 5, 448, ist die vertragliche Vereinbarung des Ausschlusses oder einer Einschränkung der betreffenden Beweismittel unzulässig. Der Verhandlungsgrundsatz erlaubt es den Parteien auch nicht, dem Richter vorzuschreiben, wie er ein bestimmtes Beweisergebnis zu würdigen habe. Können die Parteien beispielsweise auch durch Benennung von nur drei Zeugen die Beweisaufnahme auf diese Beweis-

⁴³⁹⁾ Vgl. *Sachse*, aaO. S. 425.

⁴⁴⁰⁾ Vgl. *Schiedermair*, aaO. S. 82; *Knecht*, S. 84; *Schmeling*, S. 129; *Habscheid*, Festschrift, S. 803.

⁴⁴¹⁾ Vgl. *Baumgärtel*, ZZP 69, 104 f.

mittel begrenzen und insoweit den Zeugenbeweis⁴⁴²⁾ von vornherein vertraglich beschränken, wobei dem Gericht freilich immer die Möglichkeit des § 448 offenbleibt, so können sie doch nicht bestimmen, daß der Richter bei der übereinstimmenden Aussage zweier Zeugen oder bei der eidlichen Aussage eines bestimmten Zeugen die Behauptung als bewiesen annehmen müsse. Der Verhandlungsgrundsatz erlaubt es den Parteien nur, die zu würdigenden Tatsachen und die Beweismittel zu beschränken, in der Würdigung des Beweisergebnisses bleibt das Gericht frei.

Soweit die Verhandlungs- und Dispositionsmaxime reicht, steht demnach der Grundsatz der freien Beweiswürdigung der Zulässigkeit von Beweisverträgen nicht entgegen⁴⁴³⁾. Das gilt auch für die Geständnis- und Vermutungsverträge ohne Vorbehalt des Beweises des Gegenteils. Diese hält *Dickhoff*⁴⁴⁴⁾ für unzulässig, da die Parteien auf diese Weise die Findung eines der wahren Sachlage entsprechenden Urteils verhindern könnten. Die gleichen Bedenken ließen sich jedoch gegen das gerichtliche Geständnis erheben, bei dem ebenfalls, wenn auch nicht in so starkem Maße wie bei einer außergerichtlichen Vereinbarung, die Gefahr einer Kollusion besteht. Soweit es den Parteien möglich ist, das Gericht durch ein Geständnis an der Wahrheitserforschung zu hindern, kann man auch aus dem Gesichtspunkt der Wahrheitserforschung keine Bedenken gegen die Zulässigkeit von Geständnisverträgen herleiten⁴⁴⁵⁾. Eine andere, hier nicht zu erörternde Frage ist es, ob man bei einer künftigen gesetzlichen Regelung nicht besser die bindende Wirkung des Geständnisses überhaupt abschaffen sollte⁴⁴⁶⁾.

Einen Eingriff in die freie richterliche Beweiswürdigung bewirkt der *Schiedsgutachtenvertrag*, der allgemein — auch von den Gegnern der Beweisverträge⁴⁴⁷⁾ für zulässig gehalten wird. Sieht man freilich in diesem Vertrag in allen seinen Arten⁴⁴⁸⁾ eine privatrechtliche Regelung des Inhalts, daß die Parteien von der Feststellung des Dritten „die Entstehung oder die Höhe ihrer privatrechtlichen Pflichten und Rechte“ abhängig machen⁴⁴⁹⁾, so kann

⁴⁴²⁾ Auch die Beschränkung allein auf den Zeugenbeweis ist zulässig. In einer solchen Vereinbarung kann die — zulässige — Abrede gesehen werden, nicht im Urkunden- oder Wechselprozeß zu klagen (über die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung RGZ 160, 242).

⁴⁴³⁾ Vgl. die in Anm. 440 Genannten.

⁴⁴⁴⁾ AaO. S. 52 ff.

⁴⁴⁵⁾ Vgl. *Schiedermair*, aaO. S. 8.

⁴⁴⁶⁾ *Lent*, § 25 VII.

⁴⁴⁷⁾ Vgl. u. a. *Nikisch*, § 143 VI; dies übersieht *Habscheid*, aaO. S. 803 zu Anm. 49.

⁴⁴⁸⁾ S. oben S. 251 f.

⁴⁴⁹⁾ *Rosenberg*, § 166 I 2.

man auch nicht von einem Eingriff in den Grundsatz der freien Beweiswürdigung sprechen. Es wurde aber schon dargelegt, daß der Schiedsgutachtenvertrag nicht nur die *Bestimmung* einer Leistung durch einen Gutachter⁴⁵⁰⁾, sondern auch die *Feststellung* umstrittener Tatsachen oder Tatbestandselemente⁴⁵¹⁾, deren Klärung eine besondere Sachkunde erfordert, zum Inhalt haben kann. Im letzteren Falle handelt es sich nicht um eine Leistungsbestimmung im Sinne der §§ 317 ff. BGB, sondern um eine Tatsachenfeststellung im Sinne der §§ 64, 184 VVG. Daran ändert sich nichts, wenn zu der Tatsachenfeststellung die Einordnung unter gewisse Rechtsbegriffe hinzukommt⁴⁵²⁾. Mag die Tatsachenfeststellung auch im Ergebnis, nämlich mittelbar durch das Urteil, zur Bestimmung der Höhe der geschuldeten Leistung führen⁴⁵³⁾, so dient die gutachterliche Feststellung doch in erster Linie der Beweiserbringung⁴⁵⁴⁾. Der Schiedsgutachtenvertrag, der auf die Feststellung von einzelnen Tatsachen oder Tatbestandselementen abzielt, ist daher zu den Beweisverträgen zu rechnen⁴⁵⁵⁾. Seine Wirkung besteht darin, daß „die beweispflichtige Partei beweisfällig wird, wenn sie die rechts-erheblichen Tatsachen, deren Feststellung den Schiedsgutachtern übertragen ist, nicht durch Vorlegung des Schiedsgutachtens nachweisen kann“⁴⁵⁶⁾. Das

⁴⁵⁰⁾ Vgl. BGH NJW 1952, 1926; BGH DB 1953, 571 f.

⁴⁵¹⁾ Vgl. zu dieser Unterscheidung *Sachse*, ZZP 54, 428.

⁴⁵²⁾ Vgl. *Baumbach-Lauterbach*, Gr. 3 A vor § 1025; *Habscheid*, aaO. S. 799. Es handelt sich hierbei nicht um einen Schiedsvertrag, vgl. BGH NJW 1955, 665. Auf das Problem der Abgrenzung zwischen beiden Verträgen braucht hier nicht eingegangen zu werden.

⁴⁵³⁾ Vgl. *Nikisch*, § 143 VI 2.

⁴⁵⁴⁾ Man wird daher bei dieser Form des Schiedsgutachtenvertrags in der analogen Anwendung der §§ 317 ff. BGB sehr vorsichtig sein müssen, vgl. *Nikisch*, § 143 VI 2 a. E. Keine Bedenken gegen eine entspr. Anwendung dieser Vorschriften, besonders des § 319 Abs. 1 BGB, haben *Rosenberg*, § 166 I 2, und der BGH (vgl. BGHZ 9, 138 (145); 17, 366 (372); BGH NJW 1955, 665). Die analoge Anwendung des § 319 BGB bejaht auch *Habscheid*, aaO. S. 806 f., 809.

⁴⁵⁵⁾ A. A. *Rosenberg*, § 166 I 2, 5. Absatz. Ob der Schiedsgutachtenvertrag prozes-sualen Charakter hat, wie *Nikisch*, aaO., *Sachse*, aaO. S. 427 f., *Dickhoff*, S. 60 f., und *Knecht*, S. 51, 92, gegen die h. L. annehmen, wird im Zusammenhang mit den übrigen Beweisverträgen zu klären sein.

⁴⁵⁶⁾ *Baumbach*, Das privatrechtliche Schiedsgerichtsverfahren, S. 35; vgl. auch *Nikisch*, § 143 VI 2; a. A. *Schiedermair*, aaO. S. 123 Anm. 71, und *Habscheid*, aaO. S. 805 f. Sie schlagen vor, die Klage als unzulässig abzuweisen, wenn das Schiedsgutachten nicht vorliegt. Es erscheint aber nicht gerechtfertigt, in dieser Frage den vor Beginn und den während des Verfahrens abgeschlossenen Schiedsgutachtenvertrag verschieden zu behandeln (so *Habscheid*, aaO.). Um mit Rücksicht auf die weitreichende Rechtskraftwirkung des wegen Beweisfähigkeit er-gehenden Sachurteils ein unbilliges Ergebnis zu vermeiden, kann in beiden Fällen durch eine analoge Anwendung des § 148 geholfen werden (vgl. dazu *Habscheid*, aaO. S. 806).

durch den Vertrag herbeigeführte Schiedsgutachten stellt einen weit stärkeren Eingriff in die freie richterliche Beweiswürdigung dar als bei den übrigen Beweisverträgen, da es dem Richter vorschreibt, *wie* er einen zwischen den Parteien umstrittenen Tatsachenkomplex zu würdigen hat⁴⁵⁷). Die Zulässigkeit des Schiedsgutachtenvertrags spricht daher, soweit der Gesichtspunkt der freien richterlichen Beweiswürdigung in Frage steht, für die Zulässigkeit der übrigen Beweisverträge.

Bedenken gegen die Zulässigkeit der Geständnis- und Vermutungsverträge können sich allerdings daraus ergeben, daß sie im Ergebnis die *gleiche* prozessuale Wirkung herbeiführen wie das gerichtliche Geständnis. So ist *Schiedermaier* der Ansicht, daß eine vertragliche Regelung nur die oben aufgezeigte negative Wirkung des Ausschlusses des Bestreitungsrechts, nicht aber die positive Wirkung des Wegfalls der Beweisbedürftigkeit haben kann, da der Eintritt dieser Wirkung an die Vornahme einer PH in bestimmter Form, nämlich an das Geständnis gebunden sei⁴⁵⁸). Diese Bedenken von *Schiedermaier* vermag ich nicht zu teilen, da die angeführte positive Wirkung nicht nur durch ein Geständnis, sondern auch durch bloßes Nichtbestreiten gem. § 138 Abs. 3 erreicht werden kann⁴⁵⁹). Auch wenn man die vertragliche Herbeiführung der aufgezeigten positiven Wirkung für zulässig hält, werden den Verträgen doch nicht die gleichen Wirkungen zugesprochen wie dem gerichtlichen Geständnis. So ergibt sich die Bindungswirkung bei dem Geständnisvertrag aus dem Vertrag. Zu ihrer Beseitigung bedarf es nicht der Voraussetzungen des § 290⁴⁶⁰). Ist der Beweis des Gegenteils vorbehalten, so kann er jederzeit erbracht werden, da der Wegfall der Beweisbedürftigkeit insoweit nicht vereinbart ist. Ein grundsätzlicher Unterschied besteht auch darin, daß die vertragliche Wirkung des Wegfalls der Beweisbedürftigkeit vom Gericht nur dann berücksichtigt wird, wenn der Vertrag von der berechtigten Partei im Wege der prozessualen Einrede geltend gemacht wird⁴⁶¹). Verglichen

⁴⁵⁷) Daher will *Jürgens* (S. 53 ff.) neben dem sog. bestimmenden Schiedsgutachtenvertrag (S. 67) nur einen solchen mit dem Inhalt eines materiellrechtlichen Feststellungsvertrags zulassen. Den gem. § 106 ArbGG 1926 abgeschlossenen Schiedsgutachtenvertrag hält er dagegen für einen zulässigen Beweisvertrag; vgl. aaO. S. 63.

⁴⁵⁸) Prozeßvereinbarungen, S. 120 f. Auch *Sachse*, aaO. S. 418, läßt nur eine negative Wirkung, nämlich den Verlust der Befugnis zu bestreiten, gelten; ebenso *Dickhoff*, S. 62 f.

⁴⁵⁹) *Schiedermaier* räumt dies selbst ein, nimmt jedoch einen Unterschied in der Konstruktion an (aaO. S. 121). Vgl. ferner *Knecht*, S. 98 f., der jedoch auch nur eine negative Wirkung annimmt (aaO. S. 97).

⁴⁶⁰) *Schiedermaier*, aaO. S. 121.

⁴⁶¹) *Schiedermaier*, aaO.

mit der innerprozessualen Wirkung des Geständnisses ist die verfahrensgestaltende Wirkung der Geständnis- und Vermutungsverträge nur eine mittelbare⁴⁶²⁾.

Sprechen demnach Interessen der Rechtspflege nicht gegen die Zulässigkeit der Beweisverträge, so bleibt zu klären, ob eine derartige Einschränkung der Entschlußfreiheit, die unter Umständen bereits lange vor Beginn eines Rechtsstreits festgelegt wird, für die Parteien tragbar ist. Die Vereinbarung, daß eine bestimmte Tatsache in einem zukünftigen Prozeß unwiderleglich als wahr behandelt werden solle, stellt für die zugestehende Partei insofern eine Gefahr dar, als sie zu dieser Zeit noch nicht überblicken kann, welche Bedeutung dieser Tatsache in dem Rechtsstreit zukommen wird. Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß sich eine Partei nur auf solche Tatsachen festlegen wird, von deren Wahrheit sie überzeugt ist. In der Regel besteht ein Interesse an unwiderleglichen Geständnisverträgen gerade in den Fällen, in denen eine Tatsache zweifelhaft ist. Mit dem Vertrag sollen bestehende Zweifel von vornherein ausgeräumt werden, um die Durchführung des Rechtsstreits zu erleichtern. Damit läßt sich aber eine so weitgehende Beschränkung der Entschlußfreiheit nicht rechtfertigen. Den Parteien muß die Möglichkeit bleiben, eine Tatsache, die vom Gegner behauptet wird und deren Bedeutung sie erst im Rechtsstreit erkennen, im Rahmen der Wahrheitspflicht zu bestreiten. Sie kann sich dieser Möglichkeit zwar auch innerhalb des Verfahrens durch ein gerichtliches Geständnis berauben, bevor sie die eigentliche Bedeutung der Tatsache erkannt hat. Die prozessuale Form bedeutet aber einen gewissen Schutz gegen eine leichtfertige Abgabe des Geständnisses.

Im Interesse der Parteien sind daher die unwiderleglichen Geständnis- und Vermutungsverträge als unzulässig zu bezeichnen⁴⁶³⁾. Gegen die gleichen Verträge, bei denen der Beweis des Gegenteils vorbehalten bleibt, bestehen diese Bedenken nicht⁴⁶⁴⁾. Auch bei einer Beweismittelbeschränkung vor Beginn des Verfahrens bleibt der Partei die Möglichkeit, für eine bestimmte Tatsache den Beweis zu erbringen. Erforderlich ist allerdings, daß sich der

⁴⁶²⁾ Eine unmittelbare prozessuale Wirkung nehmen unter Verwendung einer anderen Terminologie *Sachse*, aaO. S. 418; *Schiedermair*, aaO. S. 120; *Knecht*, S. 98, und *Dickhoff*, S. 62, an.

⁴⁶³⁾ A. A. *Schiedermair*, aaO. S. 82, 120; *Knecht*, S. 97 ff. Zu dem gleichen Ergebnis kommt *Dickhoff*, S. 55 f., 59, 62, allerdings unter Berufung auf das öffentliche Interesse an der Erforschung der Wahrheit.

⁴⁶⁴⁾ Ebenso *Dickhoff*, aaO.

Beweisvertrag auf ein *bestimmtes* Rechtsverhältnis bezieht. Die Parteien können beispielsweise nicht vereinbaren, daß für alle zwischen ihnen entstehenden Rechtsstreitigkeiten der Urkundenbeweis ausgeschlossen sein soll⁴⁶⁵⁾.

Zulässig sind also die Geständnis- und Vermutungsverträge, bei denen der Beweis des Gegenteils vorbehalten bleibt, mit der Wirkung, daß die zugestandene Tatsache dem Urteil zugrundegelegt ist, falls das Gegenteil nicht bewiesen wird, sowie die Beweismittelverträge, die bewirken, daß das vertragswidrig eingeführte Beweismittel vom Gericht nicht berücksichtigt werden darf. Diese Wirkungen treten nur ein, wenn der Beweisvertrag einrede-weise geltend gemacht wird.

3. Bezüglich der Regelung der *Voraussetzungen* gelten die gleichen Überlegungen wie bei dem vorgängigen Rechtsmittelverzichtsvertrag. Eine Anfechtung des Beweisvertrags ist bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz⁴⁶⁶⁾ möglich.

4. Dem Beweisvertrag kommt gegenüber dem materiellen Rechtsverhältnis, auf das er sich bezieht, eine *selbständige* Bedeutung zu. Er dient dem Beweis der den Anspruch begründenden oder verneinenden Tatsachen im Falle eines Rechtsstreits. Daraus ergibt sich, daß der Beweisvertrag nicht ohne weiteres die Nichtigkeit des zivilrechtlichen Vertrags teilt, mit dem er verbunden ist⁴⁶⁷⁾. Vielfach dient der Beweisvertrag gerade dem Beweis der den Bestand des Hauptvertrags sichernden Tatsachen. Ob der Beweisvertrag von dem Bestand des Hauptvertrags abhängen soll oder nicht, ist eine Frage der Auslegung im konkreten Einzelfall.

5. *Funktionell* beziehen sich die Beweisverträge allein auf die *Durchsetzung* des materiellrechtlichen Anspruchs. Darin unterscheiden sie sich von den aufgeführten materiellrechtlichen Verträgen wie dem Anerkenntnis- und Feststellungsvertrag. Der Abschluß eines Beweisvertrags ist ein Vorgang des Rechtnehmens, nicht aber werden mit ihm materielle Rechte begründet oder aufgehoben. Wenn auch der zeitliche Zusammenhang mit dem Verfahren ein unbestimmter ist, da derartige Verträge häufig lange vor Beginn eines Rechtsstreits geschlossen werden, so sind sie doch sachlich ausschließlich auf die Durchführung des Rechtsstreits ausgerichtet. Ihrer Funktion nach sind die Geständnis- und Vermutungsverträge sowie die Beweismittelverträge mit

⁴⁶⁵⁾ Vgl. Knecht, S. 91; Dickhoff, S. 50 f.

⁴⁶⁶⁾ Knecht, S. 118.

⁴⁶⁷⁾ A. A. Goldschmidt, Lb., § 44, 1 a.

denjenigen zum Begriffskern gehörenden einseitigen PHen vergleichbar, die die Funktion der Bestimmung des Streitgegenstandes⁴⁶⁸⁾ und der Schaffung der Urteilsgrundlage ausüben.

6. *Zusammenfassend* ist festzustellen, daß die Beweisverträge, soweit sie zulässig sind, ihrer Wirkung und Funktion nach prozessualen Charakter haben. Inwieweit sie unter den PHbegriff fallen, kann ebenso wie bei den anderen Prozeßverträgen erst am Schluß der Untersuchung endgültig entschieden werden. Jedoch kann auch für die Beweisverträge schon hier gesagt werden, daß sie bei einer Bestimmung des PHbegriffs unter dem Gesichtspunkt der funktionellen Bedeutung der PH für den Prozeß ebenso zum PHbereich gehören wie die zum Begriffskern gehörenden einseitigen PHen.

§ 28. Der Klagezurücknahmevertrag

I. Einer gesonderten Untersuchung bedarf der Klagezurücknahmevertrag, da er vielfach zu den Verträgen mit rein verpflichtender Wirkung gerechnet wird. Er ist von der gemeinsamen Zurücknahme- und Einwilligungserklärung der Parteien in einem Schriftsatz an das Gericht zu unterscheiden⁴⁶⁹⁾. Dabei handelt es sich nicht um einen Vertrag, sondern um zwei nebeneinander laufende Erklärungen an das Gericht, denen die unmittelbare prozessuale Wirkung des § 271 zukommt⁴⁷⁰⁾.

Die Zulässigkeit der außerprozessualen Klagezurücknahmevereinbarung bedarf hier keiner grundsätzlichen Rechtfertigung mehr. Die früher vor allem von *Hellwig*⁴⁷¹⁾ und *Goldschmidt*⁴⁷²⁾ vertretene gegenteilige Auffassung ist von Lehre⁴⁷³⁾ und Rechtsprechung⁴⁷⁴⁾ mit überzeugenden Gründen widerlegt worden. Soweit es sich um den nach Rechtshängigkeit abgeschlossenen Vertrag handelt, kann daher auf diese Ausführungen verwiesen werden. Für

⁴⁶⁸⁾ Vgl. *Schmeling*, S. 131.

⁴⁶⁹⁾ Vgl. HRR 1931 Nr. 1965.

⁴⁷⁰⁾ Ist der außergerichtliche Vergleich, in dem die Klagezurücknahme vereinbart ist, gleichzeitig mit in dem Schriftsatz enthalten, so stellen die Parteierklärungen die Erfüllung des Vergleichs dar. *Tamm*, der zu dem gleichen Ergebnis kommt (vgl. aaO. S. 6), unterscheidet nicht zwischen dem Vergleich und den Parteierklärungen an das Gericht.

⁴⁷¹⁾ Syst. I, S. 393 zu Anm. 9; S. 450; Lb., 1, 177; Anspruch und Klagerecht, 2. Neudr., Leipzig 1910, S. 162; ihm folgend *Reichenheim*, S. 4 ff., 40 ff.

⁴⁷²⁾ S. 311 f. und Anm. 1616; S. 458; Lb., § 61, 2.

⁴⁷³⁾ Vgl. für viele *Schiedermair*, aaO. S. 68 ff.; *Barz*, Klagezurücknahmeversprechen, S. 17 (mit Nachweisen Anm. 22); *Matzke*, S. 15 (mit Nachweisen Anm. 52); *Niese*, Dissertation S. 71.

⁴⁷⁴⁾ RGZ 102, 217 (220 ff.); 159, 186 (190); RG JW 1929, 851 (Vertrag über die Berufungszurücknahme).

den wohl nur theoretischen Fall des Klagezurücknahmeversprechens vor Erhebung der Klage ist die Zulässigkeit nicht ohne weiteres zu bejahen⁴⁷⁵). Eine solche Vereinbarung kann — das ist eine Frage des Einzelfalles — im Ergebnis einer Unklagbarkeitsvereinbarung gleichkommen. Wegen der Verwandtschaft dieser beiden Verträge soll die Untersuchung hier auf den Regelfall, den nach Rechtshängigkeit abgeschlossenen Klagezurücknahmevertrag, beschränkt werden⁴⁷⁶).

Entscheidend für die Bestimmung der Rechtsnatur dieses Vertrages ist es, ob er auf die Hervorrufung prozessualer Wirkungen gerichtet ist und inwieweit das Prozeßrecht diese zuläßt, oder ob dem Vertrag nur privatrechtliche Wirkungen zukommen. Diese Frage ist in Lehre und Rechtsprechung umstritten. Nach der eingehenden Darstellung der verschiedenen Theorien durch *Barz*⁴⁷⁷) erübrigt es sich, auf die einzelnen Meinungen näher einzugehen⁴⁷⁸).

Als rein prozessual lassen sich drei Theorien bezeichnen, nämlich die Auffassung,

1. daß auf Einrede des Beklagten die Klage für zurückgenommen zu erklären sei⁴⁷⁹);
2. daß mit der Vereinbarung der Klagezurücknahme die Klagbarkeit des streitigen Anspruchs für den anhängigen Rechtsstreit ausgeschlossen werde⁴⁸⁰);

⁴⁷⁵) *Barz* verneint die Zulässigkeit eines solchen Vertrages, weil eine erst in Zukunft entstehende Befugnis betroffen würde. Daß dies allein nicht entscheidend sein kann, ergibt sich aus den obigen Ausführungen zu dem vorgängigen vertraglichen Rechtsmittelverzicht (vgl. *Barz*, Klagezurücknahmeverprechen, S. 14).

⁴⁷⁶) Um das Problem der Vereinbarung der Unklagbarkeit zu klären, bedürfte es einer eingehenden Untersuchung, die über den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinausginge (s. oben S. 185 Anm. 8). Die Untersuchungsmethode von *Barz*, der die Vereinbarung der Unklagbarkeit ohne nähere Untersuchung für unzulässig hält, kann nicht gebilligt werden (vgl. *Barz*, aaO. S. 14, Anm. 14). Andererseits kann auch der Auffassung von *Herschel*, der den vor Beginn des Prozesses abgeschlossenen Klagezurücknahmevertrag für zulässig hält (JW 1933, 2947), nicht ohne ein näheres Eingehen auf die Zulässigkeit der Unklagbarkeitsvereinbarung zugestimmt werden.

⁴⁷⁷) Klagezurücknahmeverprechen, S. 3 ff.

⁴⁷⁸) Vgl. dazu die kritischen Ausführungen von *Schiedermair*, S. 68 ff., 118 ff., und *Barz*, S. 3 ff.

⁴⁷⁹) *Kleinfeller*, ZZZ 18, 424; *Nikisch*, § 69 III 2; *Rosenberg*, § 127 I 1 e; *Weismann*, I, S. 388; ähnlich auch OLG Celle SA 67 Nr. 91; OLG Frankfurt Rsp 1, 423.

⁴⁸⁰) *Wilmowski-Levy*, § 243, 1, die darin allerdings einen Mangel der Sachbegründung sehen; *Rothe*, JW 1934, 658; *Matzke*, S. 49 ff.; a. A. *Benkendorff*, S. 58.

3. daß mit dem Vertragsabschluß die prozessuale Befugnis zur Fortsetzung des Verfahrens verlorengehe⁴⁸¹⁾.

Folgt man einer dieser Theorien, so ist der Klagezurücknahmevertrag wegen seiner rein prozessualen Wirkung⁴⁸²⁾ den Prozeßverträgen zuzuordnen⁴⁸³⁾.

Den prozessualen Theorien stehen im wesentlichen folgende materiell-rechtliche Auffassungen gegenüber:

1. bei vertragswidriger Fortsetzung des Verfahrens entstehe für den Beklagten nur ein Schadensersatzanspruch wegen Vertragsverletzung⁴⁸⁴⁾;
2. die Erfüllung des Vertrags könne lediglich⁴⁸⁵⁾ im Wege der Klage erzwungen werden⁴⁸⁶⁾;

⁴⁸¹⁾ *Schiedermair*, aaO. S. 118 ff. In RG JW 1934, 92 (93) wird von einem Verzicht auf die Fortsetzung des Verfahrens gesprochen.

⁴⁸²⁾ Für die unter 2.) angeführte Theorie gilt dies, soweit die Klagbarkeit als Sachurteilsvoraussetzung angesehen wird. Auf diese Frage braucht hier nicht eingegangen zu werden, da die Theorie ohnehin abzulehnen ist; vgl. unten Anm. 489.

⁴⁸³⁾ So für die unter 1.) angeführte Theorie *Nikisch*, § 69 III 2, § 55 III 1; a. A. *Rosenberg*, § 127 I 1 e, § 59, 2 a, der einen rein bürgerlichrechtlichen Vertrag annimmt; für die unter 3.) angeführte Theorie *Schiedermair*, Prozeßvereinbarungen, S. 127. *Köst* stellt das Klagerücknahmeverprechen hinsichtlich der Wirkung dem Prorogations- und Schiedsvertrag gleich und nimmt einen prozeßrechtlichen Vertrag an (vgl. *SächsThArchRpfl* 1935, 147 f.).

⁴⁸⁴⁾ *Niese*, Dissertation, S. 86 ff., 89; Prozeßhandlungen, S. 28, 150; *Geib*, Rechtschutzbegehren, S. 195.

⁴⁸⁵⁾ Vgl. u. a. *Förster-Kann*, § 271, 4 a; *Bunsen*, ZZP 35, S. 407/408.

⁴⁸⁶⁾ Auch die h. L. bejaht die Möglichkeit der klageweisen Erzwingung. Umstritten ist die Frage, wie ein solches Urteil zu vollstrecken ist, nach § 888 (so u. a. *Sydow-Busch*, § 271, 4 a; *Förster-Kann*, aaO.; *Beltz*, Treu und Glauben und die guten Sitten nach neuer Rechtsauffassung und ihre Geltung in der ZPO, Dissertation Köln 1937, S. 86, 90; *Barz*, aaO. S. 25 f.) oder nach § 894 (so u. a. *Benken-dorff*, S. 61 ff.; *Herschel*, JW 1933, 1947; *Matzke*, S. 39 ff.; *Rosenberg*, § 127 I 1 c; *Schiedermair*, aaO. S. 179 ff.; *Tamm*, S. 12 ff.; *Weismann*, I, S. 388). Zu dieser Frage braucht hier nicht Stellung genommen zu werden. Die Ansicht von *Nikisch* (Lb., § 69 III 2), daß der Klage auf Zurücknahme das Rechtsschutzbedürfnis fehle, ist konsequent, wenn man davon ausgeht, daß die anhängige Klage auf Einrede hin für zurückgenommen erklärt wird. Da hier auf beiden Wegen praktisch das gleiche Ergebnis erzielt wird, ist der einfachere Weg der Einrede im anhängigen Verfahren vorzuziehen. Dies ist ein echter Fall des fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses, wie er auch bei einer an sich erstrebenswerten weitgehenden Einschränkung dieses Instituts (vgl. hierzu neuerdings *Pohle*, Festschrift für Lent, 1957, S. 195 ff.) anerkannt werden müßte. Teilt man die hier vertretene Auffassung, daß bei vertragswidriger Fortsetzung des Verfahrens auf Einrede hin die Klage als unzulässig abzuweisen ist, so kann ein Mangel des Rechtsschutzbedürfnisses für die Klage auf Zurücknahme der Klage nicht angenommen werden, da das Prozeßurteil und die mit dem Leistungsurteil des § 894 erzwungene Klagezurücknahme nicht die gleichen Wirkungen äußern; vgl. *Barz*, aaO. S. 64; *Matzke*, aaO. S. 33.

3. der Beklagte könne einer Verletzung der mit dem Vertrag übernommenen Verpflichtung mit der aus dem materiellen Vertragsrecht entspringenden Einrede der Arglist entgegentreten, die zur Prozeßabweisung führe⁴⁸⁷⁾;
4. der Vertrag gewähre analog der gesetzlichen Regelung der §§ 478 Abs. 1, 490, 821, 853 BGB ein materiellrechtliches Einrederecht, dessen Ausübung als Konsequenz der „Abwehrfunktion der Einrede“ zur Prozeßabweisung führe⁴⁸⁸⁾.

II. Schon aus prozeßökonomischen Gründen verdienen diejenigen Theorien den Vorzug, die den außerprozessual abgeschlossenen Klagezurücknahmevertrag bereits im anhängigen Verfahren zur Wirksamkeit gelangen lassen. Die Auffassungen, daß die Erfüllung des Vertrags nur im Wege der Klage erzwungen werden könne oder daß der Beklagte überhaupt nur einen Schadensersatzanspruch wegen Vertragsverletzung erhalte, sind daher abzulehnen. Dem Erfordernis der Klarheit der Prozeßlage wird am besten die Auffassung gerecht, daß bei vertragswidriger Fortsetzung des Verfahrens die Klage auf die Einrede des Beklagten hin als unzulässig abzuweisen ist. Dieser Auffassung⁴⁸⁹⁾ ist zuzustimmen. Man kann mit guten Gründen auf

⁴⁸⁷⁾ RGZ 102, 217 (222).

⁴⁸⁸⁾ Barz, aaO. S. 59 ff.; vgl. auch Gadow, JbFD 84, 201.

⁴⁸⁹⁾ Sie wird wohl überwiegend von Lehre und Rechtsprechung vertreten, vgl. u. a. Baumbach-Lauterbach, § 271, 2 B; Barz, S. 28 ff., 54 ff.; Herschel, JW 1933, 2947; Lent, § 42 IV; Matzke, S. 45 ff.; Pohle, Revista de Derecho Privado 1954, S. 17; Schönke-Schröder-Niese, §§ 31 I; 69 II 2; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 271 I 3; vgl. die weiteren Nachweise bei Barz, S. 31 Anm. 8; auch die Rechtsprechung teilt überwiegend diese Auffassung; vgl. RGZ 102, 217, RGZ 159, 186 (190); vgl. ferner die Übersicht bei Barz, S. 47 f.

Der Auffassung, daß die Klage durch Urteil für zurückgenommen zu erklären ist, wird mit Recht entgegengehalten, daß damit dem außerprozessualen Vertrag im Ergebnis die gleiche Wirkung zukommt wie der Klagezurücknahme selbst (Niese, Dissertation, S. 82; Schiedermaier, aaO. S. 75 Anm. 72, S. 118; Barz, aaO. S. 34 ff.; vgl. auch RGZ 102, 221 ff.). Das trifft jedenfalls dann zu, wenn man in dem Urteil ein Feststellungsurteil sieht, das die — als Folge des Vertrags — bereits eingetretene Rücknahmewirkung wie auch sonst bei einem Streit um die Zulässigkeit oder Wirksamkeit der Zurücknahme (vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 271 V 1) lediglich feststellt. Daß die Entscheidung, mit der die Klage auf Grund der Einrede des Beklagten für zurückgenommen erklärt wird, kein Leistungsurteil im Sinne des § 894 sein kann, ergibt sich auch daraus, daß mit der Einrede nicht ein neuer Streitgegenstand in das Verfahren eingeführt werden kann, der hier etwa das Begehren des Beklagten auf Verurteilung des Klägers zur Klagezurücknahme zum Inhalt hätte. Einer analogen Anwendung der §§ 113 S. 2, 635, auf die sich Nikisch und Rosenberg (s. oben Anm. 479) berufen, steht entgegen, daß es sich hierbei um Sondertatbestände handelt, die keinen allgemeinen gültigen Grundsatz enthalten (Rothe, JW 1934, 659). Auch ist die fiktive Zu-

beiden Wegen zu dem Ergebnis der Prozeßabweisung gelangen, sowohl auf dem von *Schiedermair*⁴⁰⁰⁾ als auch auf dem vom RG⁴⁰¹⁾ vorgeschlagenen. Welchen Weg man wählt, um zu dem aus praktischen Gründen anzuerkennenden Ergebnis zu kommen, ist an sich mehr oder weniger eine Frage der Konstruktion.

Für die hier interessierende Frage der Rechtsnatur des Klagezurücknahmevertrags ist es jedoch von ausschlaggebender Bedeutung, ob die charakteristische Wirkung des Vertrags eine prozessuale oder eine bürgerlichrechtliche ist. Nur im ersten Falle ist das vertragliche Klagezurücknahmeversprechen den Prozeßverträgen zuzuteilen. Entgegen der Auffassung von *Schiedermair* sehe ich die charakteristische Wirkung dieses Vertrags in der Verpflichtung des Klägers, sich dem Versprechen gemäß prozessual zu verhalten⁴⁰²⁾. Zwischen diesem Vertrag und den Verträgen, in denen die Vornahme oder Unterlassung bestimmter PHen versprochen wird, besteht kein charakteristischer Unterschied. Beide haben lediglich verpflichtende Wirkung, mit ihrem Abschluß wird nicht unmittelbar eine prozessuale Situation begründet. Diese Verträge sind daher bürgerlichrechtlicher Natur. Daran ändert sich auch nichts dadurch, daß sie ein prozessuales Verhalten zum Gegenstand haben. Beim Klagezurücknahmevertrag wird eine prozessuale Situation erst durch das vertragswidrige Verhalten des Klägers geschaffen, der den Prozeß fortsetzt. Materiellrechtlich gesehen stellt dieses Verhalten eine Vertragsver-

rücknahme in diesen Fällen eine Folge der Versäumung prozessualer *Lasten*, während es sich bei der vertragswidrigen Fortführung des Prozesses um die Verletzung einer echten — vertraglichen — *Pflicht* handelt (*Barz*, aaO. S. 35 f.; zustimmend *Matzke*, aaO. S. 43). Auch eine Fiktion der Klagezurücknahme auf Grund des § 162 Abs. 1 BGB ist ausgeschlossen, aber nicht deshalb, weil diese Vorschrift im Prozeßrecht keine Anwendung findet, wie *Barz* (aaO. S. 36 f.; vgl. auch *Benkendorff*, S. 59 f.; über die Anwendbarkeit des § 162 Abs. 1 BGB im Prozeßrecht entgegen der Ansicht von *Goldschmidt* vgl. *Baumgärtel*, ZZP 69, 93 ff.) meint, sondern weil es sich bei der vertragswidrigen Fortsetzung des Verfahrens nicht um die unredliche Schaffung einer prozessualen Situation, sondern, wie noch zu zeigen sein wird, um die mißbräuchliche Ausnutzung einer prozessualen Befugnis handelt.

Die Auffassung, daß durch das Klagezurücknahmeverprechen für den anhängigen Rechtsstreit die Klagbarkeit ausgeschlossen werde, ist abzulehnen (ebenso *Benkendorff*, aaO. S. 58, ohne nähere Begründung). Der Klagezurücknahmevertrag ist nicht wie der vertragliche Ausschluß der Klagbarkeit nur eine präventive Maßnahme, sondern zielt auf die aktive Beseitigung der durch die Klagerhebung eingetretenen Folgen ab. Er ist insofern gegenüber dem Ausschluß der Klagbarkeit nicht das Mindere, sondern ein aliud.

⁴⁰⁰⁾ AaO. S. 118 ff.

⁴⁰¹⁾ RGZ 102, 217 (222).

⁴⁰²⁾ Vgl. auch *Schönke-Schröder-Niese*, § 31 I.

letzung dar. Unter prozessualer Sicht handelt es sich um die unzulässige Ausübung einer prozessualen Befugnis. Die Fortsetzung des Verfahrens widerspricht dem vorausgegangenen außerprozessualen Verhalten⁴⁹³⁾ und verstößt damit gegen den auch für das Zivilprozeßrecht geltenden Grundsatz von Treu und Glauben⁴⁹⁴⁾. Wie ich bereits an anderer Stelle dargelegt habe⁴⁹⁵⁾, findet der Grundsatz des *venire contra factum proprium* Anwendung, wenn durch das außerprozessuale Verhalten einer Partei ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden ist, mit dem die Ausübung einer bestimmten prozessualen Befugnis unvereinbar ist⁴⁹⁶⁾. Das trifft auf den Klagezurücknahmevertrag und die dazu im Gegensatz stehende Fortsetzung des Verfahrens zu. Mit dem Vertrag wird ein Vertrauenstatbestand begründet, der als Faktum auch innerhalb des prozessualen Bereichs zwischen den Parteien fortwirkt, da gegen die Zulässigkeit des Vertrags vom prozessualen Standpunkt aus keine Bedenken bestehen. Der Beklagte muß auf die Erfüllung des Versprechens der Klagezurücknahme vertrauen können, um seine Prozeßführung danach einzurichten. Der Verstoß gegen Treu und Glauben wird in diesem Falle vom Gericht allerdings nur berücksichtigt, wenn der Beklagte von seiner Einredebefugnis Gebrauch macht. Nimmt der Beklagte die Fortsetzung des Verfahrens stillschweigend hin, so kann darin sein Einverständnis mit der Aufhebung der Klagezurücknahmevereinbarung gesehen werden.

Die Einredebefugnis des Beklagten ist zwar auf den Klagezurücknahme-

⁴⁹³⁾ Vgl. *Tamm*, aaO. S. 35.

⁴⁹⁴⁾ Zu Unrecht begründet *Barz* die Notwendigkeit der von ihm vorgenommenen Konstruktion damit, daß der Grundsatz von Treu und Glauben im Prozeßrecht nicht gelte; vgl. aaO. S. 45 ff.

⁴⁹⁵⁾ Z郑 69, 120 ff. (122).

⁴⁹⁶⁾ Gelegentlich wird behauptet, daß es sich bei der vertragswidrigen Fortsetzung des Verfahrens um einen Anwendungsfall des Satzes *dolo facit, qui petit, quod redditurus es*, handle (vgl. *Barz*, aaO. S. 54; *Herschel*, JW 1933, 2947; offenbar auch *Benkendorff*, S. 55, und *Schwarzer*, S. 77). Die Anwendung dieses Grundsatzes käme überhaupt nur in den Fällen in Betracht, in denen die Durchführung des Prozesses zur Erzwingung der Klagezurücknahme bis zum Abschluß des anhängigen Verfahrens praktisch möglich wäre. Auch in diesen — praktisch seltenen — Fällen wird man den Verstoß gegen Treu und Glauben in erster Linie in dem gegensätzlichen prozessualen Verhalten des Klägers zu erblicken haben.

Es kann *Herschel* (aaO.) und *Beltz* (aaO. S. 84) auch nicht darin zugestimmt werden, daß der Verstoß gegen Treu und Glauben der Klage das Rechtsschutzbedürfnis nehme. Nicht das Rechtsschutzbegehren im ganzen ist hier Gegenstand der Bewertung, sondern das prozessuale Verhalten der Parteien. Zur Frage der Abgrenzung des Treu- und Glaubensprinzips von dem Institut des Rechtsschutzbedürfnisses s. *Baumgärtel*, Z郑 69, 99 f. Gegen die Verneinung des Rechtsschutzbedürfnisses auch *Matzke*, S. 48, ohne nähere Begründung.

vertrag zurückzuführen und es besteht somit auch zwischen dem Vertrag und der prozessualen Wirkung der Einrede ein Zusammenhang, dieser ist aber ein so lockerer, daß — verglichen mit den innerprozessualen Wirkungen der unbestrittenen PHen — von einer unmittelbaren oder mittelbaren prozessualen Wirkung des Klagezurücknahmevertrags nicht gesprochen werden kann. Die charakteristische Wirkung des Vertrags ist vielmehr die Verpflichtung zur Vornahme einer PH, bzw. zur Unterlassung der Fortsetzung des Verfahrens. Entgegen der Auffassung von *Goldschmidt*⁴⁹⁷⁾ läßt sich die schuldrechtliche Wirkung des Vertrags durchaus mit der prozessualen Wirkung der Einrede in Einklang bringen, denn die vertragliche Verpflichtung bezieht sich auf das Verhalten im Prozeß, so daß die Einrede der Arglist, wie *Niese*⁴⁹⁸⁾ richtig bemerkt, „gar keine andere als eine prozessuale Wirkung haben könnte“.

III. Entgegen der hier vertretenen Auffassung kommt *Schiedermair* zu dem Ergebnis, daß der Klagezurücknahmevertrag einen Verzicht auf die Befugnis zur Fortsetzung des Verfahrens enthalte und „unmittelbar zum Ausschluß der Fortsetzung des Prozesses, zur Unzulässigkeit und Abweisung der Klage“ führe, „ohne daß es noch des Hilfsmittels einer prozessualen *exceptio doli* bedürfte“⁴⁹⁹⁾.

Ob dem Klagezurücknahmevertrag ebenso wie dem vorgängigen Rechtsmittelverzichtsvertrag die negative Wirkung des Ausschlusses einer prozessualen Befugnis, nämlich des Rechts zur Fortsetzung des Verfahrens, zukommt, hängt zunächst davon ab, ob diese Wirkung dem Parteiwillen entspreche. Dies ist mit *Schiedermair*⁵⁰⁰⁾ unbedenklich zu bejahen. Die Parteien wollen mit dem Vertrag, wenn sich im konkreten Einzelfall nicht etwas anderes ergibt⁵⁰¹⁾, die Fortsetzung des Verfahrens verhindern. Es ist aber fraglich, ob das Prozeßrecht im Interesse der Klarheit der Prozeßlage die außerprozessuale Schaffung einer Situation zulassen kann, wonach ohne Unterrichtung des Gerichts bereits feststeht, daß die Klage infolge des Ausschlusses der Befugnis zur Fortsetzung des Verfahrens unzulässig geworden ist. Dies ist zu verneinen. Wie die prozeßrechtliche Regelung der Klagezurücknahme, der Erledigung der Hauptsache und des Prozeßvergleichs zeigt, tritt eine prozeßbeendigende Wirkung immer erst durch eine Erklärung an das Gericht ein, da dieses seine Rechtspflegefunktion nur erfüllen

⁴⁹⁷⁾ Der Prozeß als Rechtslage, S. 312 Anm. 1616; ebenso *Köst*, DR 1940, 98; vgl. auch *Schiedermair*, aaO. S. 124 Anm. 73.

⁴⁹⁸⁾ Dissertation, S. 85.

⁴⁹⁹⁾ AaO. S. 118; vgl. auch S. 123 ff.

⁵⁰⁰⁾ AaO. S. 118.

⁵⁰¹⁾ Vgl. *Schiedermair*, aaO. S. 175, 177.

kann, wenn es über einen so wichtigen Verfahrensvorgang unterrichtet ist⁵⁰²). Die Verfahrenslage muß im Interesse des Gerichts eindeutig sein. Mit dem unmittelbar eintretenden Ausschluß der Befugnis zur Fortsetzung des Verfahrens würde ein Zustand geschaffen, der einer Beendigung des Verfahrens praktisch gleichkäme. Der Eintritt einer solchen Situation setzt ebenso wie bei der Prozeßbeendigung die Unterrichtung des Gerichts voraus. Die Einrede, mit der die Unzulässigkeit der Fortsetzung des Verfahrens geltend gemacht wird, dient nach der Auffassung von *Schiedermair* nicht der *Herbeiführung* der prozessualen Situation, sondern der *Berücksichtigung* der bereits eingetretenen Lage durch das Gericht⁵⁰³). Die Ansicht von *Schiedermair* läßt sich auch nicht mit dem Hinweis auf die Zulässigkeit des vorgängigen Rechtsmittelverzichtsvertrags rechtfertigen⁵⁰⁴). Bei diesem Vertrag kann eine Unklarheit in der Verfahrenssituation nicht entstehen, da es das Gericht vor Erlaß des Urteils nicht interessiert, ob ein Rechtsmittel eingelegt werden wird, und da nach Beendigung der Instanz bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist ohnehin unklar bleibt, ob der Beschwerde von seiner Befugnis zur Rechtsmitteleinlegung Gebrauch machen wird.

Es kann daher *Schiedermair* nicht darin zugestimmt werden, daß der Klagezurücknahmevertrag die negative prozessuale Wirkung des Ausschlusses der Befugnis zur Fortsetzung des Verfahrens hat.

IV. *Zusammenfassend* kann festgestellt werden, daß dem Klagezurücknahmevertrag mit Rücksicht auf seine charakteristisch verpflichtende Wirkung eine bürgerlichrechtliche Natur zukommt⁵⁰⁵). Dieser Vertrag ist den im fol-

⁵⁰²) Vgl. *Pohle*, AP Nr. 1 a. E. zu § 794 ZPO, in anderem Zusammenhang.

⁵⁰³) AaO. S. 125.

⁵⁰⁴) Vgl. *Schiedermair*, aaO. S. 78/79. Ebensowenig ist es berechtigt, das Klagezurücknahmeversprechen mit dem Prorogations- und Schiedsvertrag auf eine Ebene zu stellen. *Köst* kommt zu dieser Ansicht von der irrigen Auffassung ausgehend, daß diese beiden Verträge lediglich eine verpflichtende Wirkung hätten (vgl. *SächsThArchRpfl* 1935, 147 f.).

⁵⁰⁵) Teile ich damit auch im Ergebnis die Auffassung der Vertreter der materiellrechtlichen Theorie, so vermag ich doch der oben (S. 263) kurz skizzierten Begründung von *Barz* nicht zuzustimmen. Abgesehen davon, daß eine analoge Anwendung der §§ 478 Abs. 1, 490, 821, 853 BGB bedenklich ist (vgl. auch *Köst*, *SächsThArchRpfl* 1935, 146), läßt sich auch die prozessuale Wirkung der materiellrechtlichen Einrede nicht allein damit begründen, daß sie sich gegen ein — vom privatrechtlichen Standpunkt aus gesehen — rechtswidriges Verhalten richte, das prozessual nicht zulässig sein könne (aaO. S. 60). Eine derartige Verwendung der bürgerlichrechtlichen Kategorie der Rechtswidrigkeit hätte zumindest einer eingehenden Begründung bedurft (Gegen die Anwendbarkeit im Prozeßrecht *Goldschmidt*, aaO. S. 290 ff. und *passim*). *Barz* begründet die Notwendigkeit der von ihm vorgenommenen Konstruktion damit, daß der Grundsatz von Treu und Glauben im Zivilprozeß nicht gelte (aaO. S. 45 ff.).

genden behandelten Verträgen zuzuordnen, mit denen sich die Parteien zur Vornahme oder Unterlassung von bestimmten PHen verpflichten.

§ 29. Verträge, mit denen eine Verpflichtung zur Vornahme oder Unterlassung von Prozeßhandlungen übernommen wird

I. Neben den Verträgen, welche die prozessualen Beziehungen der Parteien unmittelbar regeln, spielen die Absprachen zu einem bestimmten prozessualen Verhalten — vor allem im Anwaltsprozeß — eine erhebliche Rolle⁵⁰⁶⁾.

Das Problem liegt bei diesen Verträgen in erster Linie in der Frage der Zulässigkeit. Dabei sind verschiedene Gesichtspunkte entscheidend, je nachdem, ob man auf prozessuale oder materiellrechtliche Wirkungen abstellt. Das vertragswidrige Verhalten ist nur dann als ein — prozessualer — Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben mit den entsprechenden prozessualen Wirkungen anzusehen, wenn das Prozeßrecht die außerprozessuale Schaffung eines Vertrauenstatbestandes anerkennt, indem es den betreffenden zur Vornahme oder Unterlassung einer PH verpflichtenden Vertrag *zuläßt*. Materiellrechtliche Folgen dagegen können schon immer dann eintreten, wenn der Vertrag nicht gegen die Bestimmungen des Prozeßrechts *verstößt* (§ 134 BGB)⁵⁰⁷⁾. Die beiden Gesichtspunkte sind nicht identisch⁵⁰⁸⁾. Eine vertragliche Verpflichtung zur Vornahme oder Unterlassung einer PH, die vom prozessualen Standpunkt aus unbeachtlich ist, stellt nicht immer auch einen Verstoß gegen die Vorschriften des Prozeßrechts dar und kann daher materiellrechtliche Wirkungen haben. Ein Verstoß liegt nur vor, wenn es sich um zwingende prozessuale Normen handelt⁵⁰⁹⁾. Im Rahmen der freistellenden Normen dagegen sind Verträge der Parteien über ihre prozessualen Befugnisse materiellrechtlich gültig, auch wenn sie — aus noch näher darzustellenden Gründen — im Verfahren keine Beachtung finden. So ist bei-

⁵⁰⁶⁾ Niese, Dissertation, S. 91.

⁵⁰⁷⁾ Vgl. die Beispiele bei *Schiedermair*, aaO. S. 178. Daß ein Vertrag über prozessuale Befugnisse mit dem Privatrecht grundsätzlich vereinbar ist, hat *Schiedermair* überzeugend nachgewiesen, vgl. aaO. S. 176 f.

⁵⁰⁸⁾ Das erkennt *Dickhoff* (aaO. S. 64 ff.), wenn ihm im Ergebnis auch darin zuzustimmen ist, daß diejenigen Beweisverträge, die sich als prozessual unzulässig herausgestellt haben, keine bürgerlichrechtlichen Folgen haben können. Die Gründe dafür ergeben sich aus dem folgenden Text.

⁵⁰⁹⁾ Niese (Dissertation, S. 73) kommt bei Verträgen, die gegen zwingende prozeßrechtliche Bestimmungen verstoßen, unter Anwendung des § 306 BGB zu dem gleichen Ergebnis.

spielsweise die Verpflichtung zum Verzicht auf die Rüge eines dem § 295 Abs. 2 unterliegenden Verfahrensmangels weder prozessual beachtlich noch materiellrechtlich gültig, während die vertragliche Verpflichtung zur Unterlassung der Rüge (§ 295 Abs. 1) zwar, wie noch zu zeigen sein wird, prozessual unbeachtlich ist, aber doch einen materiellrechtlich gültigen Vertrag⁵¹⁰⁾ darstellt, da hier lediglich die Interessen der Parteien betroffen werden, denen es vom *privatrechtlichen* Standpunkt aus freisteht, sich bezüglich ihrer prozessualen Befugnisse zu verpflichten, soweit nicht zwingende Normen entgegenstehen⁵¹¹⁾. Im übrigen können natürlich hinter prozessual unzulässigen Prozeßvereinbarungen materiellrechtlich wirksame Verträge stekken⁵¹²⁾ wie beispielsweise eine Stundungsvereinbarung.

Für unsere Untersuchung ist nur von Interesse, wieweit das *Prozeßrecht* eine Verpflichtung zur Vornahme oder Unterlassung einer PH zuläßt. Hierbei ist zwischen der Verpflichtung zur Vornahme einseitiger PHen und derjenigen zum Abschluß von Prozeßverträgen zu unterscheiden.

II. Die Dispositionsmaxime berechtigt die Parteien nicht dazu, das prozessuale Verhalten im voraus in unbegrenztem Maße vertraglich festzulegen und sich beliebig zur Vornahme bzw. Unterlassung von PHen zu verpflichten. Zu leicht könnten dadurch die Rechtspflegeorgane an der ordnungsmäßigen Erfüllung ihrer Rechtsschutzaufgabe gehindert werden. Auch ist zu berücksichtigen, daß es prozessuale Befugnisse gibt, die eine vorherige Einschränkung der Entschlußfreiheit an sich nicht vertragen⁵¹³⁾. Hier wird abzuwägen sein zwischen dem Erfordernis des Vertrauensschutzes für den Gegner, der sich auf das prozessuale Verhalten des Vertragspartners entsprechend der übernommenen Verpflichtung einrichtet, und dem Gebot der Wahrung der Entschlußfreiheit.

So ist beispielsweise die Verpflichtung, ein Versäumnisurteil gegen sich

⁵¹⁰⁾ § 306 BGB findet keine Anwendung, da die Erfüllung des Vertrags nicht unmöglich ist. Denkbar ist allerdings, daß der Vertrag gegen die guten Sitten verstößt. Dies ist eine Frage des konkreten Einzelfalles. In der Beschränkung der Entschlußfreiheit allein ist ein solcher Verstoß noch nicht zu erblicken.

⁵¹¹⁾ Es ist daher nicht inkonsequent, wenn *Schiedermair* den vertraglichen Verzicht auf das Klagerecht und gleichstehende Verträge für prozessual unzulässig, die Verpflichtung zur Nichtausübung des Klagerechts aber für materiellrechtlich wirksam hält; vgl. aaO. S. 90 ff., 94.

⁵¹²⁾ *Nikisch*, § 55 II 3; vgl. auch *Schiedermair*, aaO. S. 94.

⁵¹³⁾ Der Satz bei *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, Bem. IV 1 a vor § 128, daß Verträge zulässig seien, „durch die sich eine Partei der anderen gegenüber verpflichtet, bestimmte, an sich von ihrem freien Entschluß abhängende Prozeßhandlungen vorzunehmen oder zu unterlassen“, bedarf daher einer Einschränkung.

ergehen zu lassen, prozessual unbeachtlich⁵¹⁴), aber nicht, weil eine solche Abrede gegen die guten Sitten verstößt⁵¹⁵), sondern, weil das Gericht seiner Aufgabe, ein der wahren Sachlage entsprechendes Urteil zu finden, nicht gerecht werden kann⁵¹⁶), wenn es einer zur Verhandlung bereiten Partei das vertragswidrige Erscheinen zur mündlichen Verhandlung prozessual zum Nachteil anrechnen oder die Partei sogar als säumig behandeln müßte. Eine andere Frage ist es, ob ein derartiger Vertrag materiellrechtlich gültig ist⁵¹⁷). Hier kann auch der Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit in Betracht kommen⁵¹⁸). Ob ein Verstoß gegen die Bestimmung des § 138 BGB vorliegt, ist eine Frage des konkreten Einzelfalls⁵¹⁹). Ein Vertragsverletzung kann nur Schadensersatzansprüche zur Folge haben. Einer Erzwingung des Vertrags im Wege der Klage stehen die gleichen Gründe entgegen wie seiner Beachtung innerhalb des Verfahrens⁵²⁰).

Aus dem Gesichtspunkt der Erhaltung der Entschlußfreiheit⁵²¹) der be-
fugten Partei ist beispielsweise die Verpflichtung zur Unterlassung einer
Rüge gem. § 295 Abs. 1 prozessual unbeachtlich⁵²²). Wie diese Vorschrift
zeigt, soll der Partei die Möglichkeit verbleiben, sich bis zur nächsten münd-
lichen Verhandlung zu entscheiden, ob sie den Verfahrensmangel rügen will
oder nicht. Diese Regelung berücksichtigt, daß die Partei erst nach Eintritt
des Verfahrensverstosses überblicken kann, welche Auswirkungen der Ver-

⁵¹⁴) Vgl. u. a. *Hellwig*, Prozeßhandlung, S. 89; *Nikisch*, § 76 VI 6; *Rosenberg*, § 106 I 3; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, II 5 vor § 330; vgl. auch *Niese*, aaO. S. 88; a. A. *Kohler*, Gruch 31, 298, 300.

⁵¹⁵) A. A. *Oertmann*, ZZP 45, 421.

⁵¹⁶) *Truttermann*, Prozeßrechtsgeschäfte, S. 421, hält die Abrede für unzulässig, weil durch sie dem Gericht die Urteilsgrundlagen entzogen werden sollen.

⁵¹⁷) Dies wird u. a. bejaht von *Kohler*, aaO.; *Jürgens*, S. 40.

⁵¹⁸) Vgl. *Matzke*, S. 19.

⁵¹⁹) *Seuffert-Walsmann*, § 346, 1, nehmen dagegen grundsätzlich einen Verstoß gegen die guten Sitten an.

⁵²⁰) A. A. *Matzke*, S. 54.

Die Ausführungen im Text gelten auch für die außergerichtliche Regelung der Kostenerstattungspflicht. Dieser Vertrag hat lediglich im Innenverhältnis zwischen den Parteien materiellrechtliche Folgen (vgl. u. a. *Walsmann*, AcP 102, 206; *Schiedermaier*, aaO. S. 184 f.), er entbindet das Gericht nicht von der Entscheidung über die Kostenfrage (LG Hagen JR 1951, 26; BGHZ 5, 251); a. A. OLG Hamm SJZ 1950, 588 (mit ablehnender Anm. von *Rosenberg*). Eine andere, hier nicht zu entscheidende Frage ist es, ob die vertragliche Regelung der Kostenerstattungspflicht der Staatskasse gegenüber, z. B. in Ansehung der Armen-anwaltskosten, wirksam ist (vgl. dazu LG Berlin JR 1951, 568).

⁵²¹) *Barz*, Klagezurücknahmeversprechen, S. 13 Anm. 11.

⁵²²) *Hellwig*, Prozeßhandlung, S. 89; *Schönke-Schröder-Niese*, § 31 III 2 a; a. A. offenbar *Ebbecke*, ZZP 48, 159.

stoß auf die eigene prozessuale Situation hat. Dem Zweck dieser Norm widerspräche es, wenn die Partei bereits im voraus die Unterlassung der Rüge zusagen könnte. Demgegenüber verdient das Vertrauen des Gegners auf die Einhaltung des Versprechens vom prozessualen Standpunkt aus keinen Schutz, da damit dem Versprechensempfänger nur ein prozeßordnungswidriges Vorgehen ermöglicht würde.

Ob mehr das Erfordernis des Vertrauensschutzes für den Gegner oder das der Wahrung der Entschlußfreiheit überwiegt, ist eine Frage des Einzelfalles. In der Regel wird jedoch da, wo die Einschränkung der Entschlußfreiheit dem Zweck der betreffenden die prozessuale Befugnis verleihenden Norm widerspricht⁵²³⁾, dem letzteren Gesichtspunkt der Vorzug zu geben sein.

Soweit nach den hier aufgezeigten Gesichtspunkten die vertragliche Verpflichtung zur Vornahme oder Unterlassung einer PH zulässig ist, wird mit dem Abschluß des Vertrags ein Vertrauenstatbestand geschaffen, der bei der Bewertung des vertragswidrigen prozessualen Verhaltens einer Partei Bedeutung erlangt⁵²⁴⁾. Das gilt beispielsweise für die — praktisch häufig vorkommende — Verpflichtung, kein Versäumnisurteil zu beantragen⁵²⁵⁾. Ein derartiges Versprechen kann im voraus abgegeben werden, ohne daß irgendwelche Interessen der Rechtspflege berührt werden oder die Entschlußfreiheit des Versprechenden zu sehr eingeschränkt wird. Das vertragswidrige Verhalten hat zur Folge, daß der Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils, wenn der Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben vom Gericht bemerkt wird⁵²⁶⁾, als unzulässig zurückzuweisen ist⁵²⁷⁾. Das gleiche gilt für die Verpflichtung, nicht im Urkunden- oder Wechselprozeß zu klagen⁵²⁸⁾, für das Versprechen der Klage- bzw. Rechtsmittelzurücknahme⁵²⁹⁾ sowie für die Verpflichtung, den Rechtsmittelverzicht nach Urteilserlaß zu erklären⁵³⁰⁾.

⁵²³⁾ Vgl. *Nikisch*, § 55 II 3.

⁵²⁴⁾ Vgl. die Ausführungen zum Klagezurücknahmeversprechen oben S. 265.

⁵²⁵⁾ Vgl. *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 330 III 1; a. A. *Reichel*, JbFD 59, 450.

⁵²⁶⁾ Der Verstoß ist hier von Amts wegen zu berücksichtigen, da in der Säumnis des Gegners natürlich nicht wie sonst bei untätigem Hinnehmen des vertragswidrigen Verhaltens (s. oben S. 265) eine Zustimmung zu der Aufhebung des außerprozessualen Vertrags gesehen werden kann.

⁵²⁷⁾ Vgl. *Baumgärtel*, ZZP 69, 123 (mit Nachweisen).

⁵²⁸⁾ RGZ 160, 241; *Niese*, Dissertation, S. 72 f.; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 592 VI; a. A. *Kohler*, Gruch 31, 309 f., gegen ihn mit Recht *Niese*, aaO. S. 93.

⁵²⁹⁾ In der Revisionsinstanz ist allerdings eine einredeweise Geltendmachung des vertraglichen Versprechens der Revisionszurücknahme nicht möglich, da es sich um ein neues Vorbringen handelt; vgl. *Barz*, aaO. S. 70 f. Es gilt hier nicht das gleiche wie beim außerprozessualen Revisionsverzichtsvertrag (s. oben S. 211), da dem Versprechen der Revisionszurücknahme selbst keine prozessuale Wirkung zukommt.

III. An dem Beispiel des Klagezurücknahmeversprechens wurde bereits gezeigt⁵³¹⁾, daß den hier behandelten Verträgen lediglich eine *schuldrechtliche Wirkung* zukommt⁵³²⁾. Sie haben keine prozessuale Wirkung: weder führen sie selbst die Wirkung der PH herbei, die vorgenommen bzw. unterlassen werden soll⁵³³⁾, noch haben sie den Ausschluß der dem Vertrag entgegenstehenden prozessualen Befugnisse zur Folge, wie es *Schiedermair* für den Klagezurücknahmevertrag annimmt⁵³⁴⁾, noch ist die *primäre* Wirkung dieser Verträge in der Begründung einer prozessualen Einredebefugnis für den Gegner zu sehen⁵³⁵⁾. Daß ihnen eine prozessuale Wirkung nicht charakteristisch ist, zeigt ein Vergleich mit den innerprozessualen Wirkungen der unbestrittenen PHen. Die Unzulässigkeit des vertragswidrigen prozessualen Verhaltens steht, wie gezeigt wurde⁵³⁶⁾, mit dem Vertrag nur in einem lockeren Zusammenhang, so daß — verglichen mit den innerprozessualen Wirkungen der unbestrittenen PHen — von einer typisch prozessualen Wirkung nicht gesprochen werden kann. Der Zusammenhang zwischen der prozessualen Wirkung des vertragswidrigen Verhaltens und dem durch den Vertrag geschaffenen Vertrauenstatbestand ist auch nicht vergleichbar mit dem Zusammenhang, der zwischen der vor Beginn des Verfahrens vorgenommenen PH, wie z. B. dem Antrag auf Durchführung des Beweissicherungsverfahrens, und der innerprozessualen Wirkung, die mit der Einführung des mit der PH erzielten Ergebnisses in das Verfahren hervorgerufen wird⁵³⁷⁾, besteht.

IV. Diese Auffassung wird bestätigt, wenn man die funktionelle Bedeutung dieser Verträge für den Prozeß betrachtet. Es kommt ihnen keine der normal-typischen Funktionen zu, die den zum Begriffskern gehörenden PHen eigen sind, auch nicht die Funktion der Prozeßbetreibung, die nach dem

⁵³⁰⁾ Vgl. *Rosenberg*, § 134 II 3 a. E. Es ist *Schiedermair*, der dies für das Klagezurücknahmeverprechen ausführt (aaO. S. 177), darin zuzustimmen, daß der unmittelbare Eintritt der prozessualen Lage — durch den vorgängigen Rechtsverzichtungsvertrag — den Parteiinteressen mehr entspricht als die bloße Begründung einer schuldrechtlichen Verpflichtung. Im konkreten Einzelfall kann die Vertragsauslegung jedoch einen entgegengesetzten Parteiwillen ergeben.

⁵³¹⁾ S. oben S. 264.

⁵³²⁾ Ebenso *Schönke-Schröder-Niese*, § 31 I. Zu den einzelnen Wirkungsmöglichkeiten vgl. auch *Niese*, aaO. S. 52 ff., besonders S. 57.

⁵³³⁾ Insofern ist *Bülow* darin zuzustimmen, daß Handlungen, die vor das Gericht gehören, nicht in „den Privatverkehr der Parteien“ verlegt werden können (AcP 64, 67); vgl. auch RGZ 102, 217; *Lent*, JW 1934, 92 (Anm.); *Beltz*, aaO. S. 84 f.; *Wach*, AcP 64, 245.

⁵³⁴⁾ S. oben S. 262.

⁵³⁵⁾ *Niese*, aaO. S. 84 f.

⁵³⁶⁾ S. oben S. 266.

⁵³⁷⁾ S. oben S. 88.

Inhalt der Verträge am ehesten in Betracht käme, denn ihre Bedeutung erschöpft sich in der Begründung einer Verpflichtung, also in der Schaffung eines *Rechtszustandes*⁵³⁸⁾, sie sind nicht auf die Herbeiführung einer innerprozessualen *Situation* gerichtet. Die Brücke zwischen dem Vertrag und dem Verfahren stellt allein der mit dem Vertrag geschaffene Vertrauenstatbestand dar, der für den Prozeß aber lediglich die Bedeutung einer Tatsache hat, eines Faktums, das auch während des Verfahrens zwischen den Parteien fortbesteht. Den hier behandelten Verträgen kommt auch nicht die generelle Funktion des „Rechtnehmens (Rechtsuchens)“ zu. Nicht die Eingehung einer Verpflichtung zur Vornahme oder Unterlassung einer PH, sondern erst die Erfüllung dieses Versprechens durch Ausübung der betreffenden prozessualen Befugnis bzw. durch ihre Unterlassung stellt eine Mitwirkung der Partei an dem Vorgang des Rechtnehmens — Rechtgebens dar.

Nimmt man hinzu, daß diese Verträge nach allgemeiner, richtiger Ansicht in der Ausgestaltung des Tatbestandes allein den Regeln des bürgerlichen Rechts unterliegen⁵³⁹⁾, so bestätigt sich die von der h. L.⁵⁴⁰⁾ vertretene Auffassung, daß derartige Verträge vom prozessualen Standpunkt aus zwar in begrenztem Umfange zulässig sind, ihrer Rechtsnatur nach aber allein dem bürgerlichen Recht angehören.

V. Die gleichen Überlegungen gelten für die vertragliche Verpflichtung zum Abschluß von Prozeßverträgen. Derartige Vorverträge können ebenfalls prozessual nur insoweit Beachtung finden, als die Prozeßverträge vom Prozeßrecht zugelassen werden⁵⁴¹⁾. Daher kann der Verpflichtung zur vertraglichen Änderung des Instanzenzuges schon aus diesem Grund keine Bedeutung für das Verfahren zukommen. Zulässig dagegen ist beispielsweise die Verpflichtung zum Abschluß eines Rechtsmittelverzichtsvertrags⁵⁴²⁾, eines Prozeßvergleichs, eines Prorogationsvertrags⁵⁴³⁾ sowie eines Schiedsvertrags.

⁵³⁸⁾ S. oben S. 96 f.

⁵³⁹⁾ Vgl. für den Klagezurücknahmevertrag *Pohle*, *Revista de Derecho Privado* 1954, S. 17; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 271 I 3; *Barz*, aaO. S. 6; a. A. *Schieder-mair*, aaO. S. 136 ff., der in dem Klagezurücknahmevertrag einen Prozeßvertrag sieht.

⁵⁴⁰⁾ Vgl. u. a. *Barz*, aaO. S. 5 f.; *Baumbach-Lauterbach*, § 271, 2 B; *Benkendorff*, S. 48; *Niese*, aaO. S. 84; *Sauer*, *Prozeßrechtslehre*, § 9 II 2; *Schieder-mair*, aaO. S. 175 ff.; *Schönke-Schröder-Niese*, § 31 I; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, Bem. IV 1 a vor § 128; *Tamm*, S. 11.

⁵⁴¹⁾ Vgl. *Schieder-mair*, aaO. S. 178.

⁵⁴²⁾ Dieser Vorvertrag unterscheidet sich von der vertraglichen Verpflichtung zur Erklärung des — einseitigen — Rechtsmittelverzichts nach Urteilserlaß (s. oben S. 271).

⁵⁴³⁾ *Niese*, aaO. S. 76.

Das Gebot der Wahrung der Entschlußfreiheit steht hier ebensowenig entgegen wie irgendein öffentliches Interesse.

Sind diese Vorverträge auch im Klagewege erzwingbar⁵⁴⁴⁾, so können sie doch nicht im anhängigen Verfahren einredeweise geltend gemacht werden. In dem prozessualen Verhalten einer Partei, das dem beabsichtigten Prozeßvertrag widerspricht, kann nicht ohne weiteres ein Verstoß gegen Treu und Glauben erblickt werden. Die Vorverträge zielen — mit Ausnahme der Verpflichtung zum Abschluß eines Prozeßvergleichs — lediglich auf ein Verhalten der Parteien außerhalb des Prozesses ab, nämlich auf die Mitwirkung beim Abschluß eines Prozeßvertrags. Nur insoweit wird auch ein Vertrauensratbestand geschaffen. Dieser wirkt nicht zwischen den Parteien bis in das Verfahren fort. Verpflichtet sich beispielsweise eine Partei zum Abschluß eines Prorogationsvertrags, in dem die Zuständigkeit eines bestimmten Gerichts ausgeschlossen werden soll, so kann der Klage, die bei diesem Gericht erhoben wird, der Vorvertrag nicht entgegengehalten werden. Wollte man hier die Klage wegen eines Verstoßes gegen Treu und Glauben als unzulässig abweisen, so käme dem Vorvertrag im Ergebnis die gleiche Wirkung zu wie dem Prorogationsvertrag selbst.

Bei der vertraglichen Verpflichtung zum Abschluß eines Prozeßvergleichs⁵⁴⁵⁾ ist der Vorvertrag dagegen auf einen innerprozessualen Vorgang gerichtet.

Der praktisch wichtigste Fall ist der Abschluß eines außergerichtlichen Vergleichs mit der Vereinbarung, den außergerichtlichen Vergleich als Prozeßvergleich zu Protokoll⁵⁴⁶⁾ zu geben⁵⁴⁷⁾. Bezüglich der Prozeßbeendigungs- und Vollstreckungswirkung des Prozeßvergleichs handelt es sich hierbei um einen Vorvertrag, der bestimmt genug ist, und dessen Erfüllung nach allgemeiner Ansicht⁵⁴⁸⁾ im Klagewege erzwungen werden kann.

Kommt der Kläger seinem Versprechen, den Prozeßvergleich abzuschließen, nicht nach, so kann der Beklagte nicht unter Berufung auf Treu und Glauben die Abweisung der Klage als unzulässig erreichen, da der Kläger damit weniger erhalte, als ihm nach dem Vorvertrag mit dem Prozeßvergleich zu-

⁵⁴⁴⁾ Vgl. dazu eingehend *Schiedermair*, aaO. S. 179 ff.

⁵⁴⁵⁾ Der Prozeßvergleich wird nur der Übersicht halber hier zusammen mit den Prozeßverträgen behandelt; er ist an sich ein Gesamttakt.

⁵⁴⁶⁾ Vgl. *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 794 N 38 b.

⁵⁴⁷⁾ Der besondere Fall, daß der außergerichtliche Vergleich unter der aufschiebenden Bedingung des Abschlusses des Prozeßvergleichs geschlossen wird, kann hier außer Betracht bleiben.

⁵⁴⁸⁾ Vgl. u. a. *Schiedermair*, aaO. S. 180; *Barz*, aaO. S. 71 f.; *Matzke*, S. 53.

kommen würde. Auch die Protokollierung des außergerichtlichen Vergleichs kann der Beklagte nicht im Wege der Einrede erreichen. Es bleibt ihm nur der Klageweg, will er den Abschluß des Prozeßvergleichs erzwingen. Um ihm dies zu ermöglichen, kann das Gericht aber nicht das Verfahren von Amts wegen zum Stillstand bringen, weil die Fortsetzung durch den Kläger gegen Treu und Glauben verstoße⁵⁴⁹). Eine Anwendung des § 251 kommt nicht in Betracht, da es dazu eines Antrags beider Parteien bedarf. Der Kläger kann auch nicht wegen seines vertragswidrigen Verhaltens so behandelt werden, als habe er die Erklärung gem. § 251 abgegeben⁵⁵⁰). Eine Aussetzung des Verfahrens gem. § 148 ist nicht möglich, da die Voraussetzungen dieser Vorschrift nicht gegeben sind, und das Gericht über die Grenzen dieser Bestimmung hinaus aus Zweckmäßigkeitsgründen nicht aussetzen darf. Das gleiche gilt für eine Vertagung auf unbestimmte Zeit, die einer Aussetzung gleichkäme⁵⁵¹). Ein Stillstandes des Verfahrens bedarf es im übrigen auch nicht. Die Interessen des Beklagten sind hinreichend dadurch geschützt, daß er durch Einführung des außergerichtlichen Vergleichs in den Prozeß den Inhalt des Urteils beeinflussen kann⁵⁵²).

Weigert sich umgekehrt der Beklagte, seiner Verpflichtung zum Abschluß des Prozeßvergleichs nachzukommen, so kann der Kläger seinen Klageantrag entsprechend der durch den außergerichtlichen Vergleich geänderten materiellen Rechtslage weiterverfolgen⁵⁵³).

Haben die Parteien den Vorvertrag dagegen geschlossen, weil sie sich auf jeden Fall für eine vergleichsweise Erledigung des Rechtsstreits entscheiden wollten, obwohl sie sich über den genauen Inhalt des Prozeßvergleichs noch nicht einig waren, so gelten die bisherigen Ausführungen nicht ohne weiteres. Der Vorvertrag ist nur dann gültig, wenn die in dem Prozeßvergleich zu übernehmenden Verpflichtungen bestimmt oder bestimmbar bezeichnet sind⁵⁵⁴). Dies ist eine Frage des konkreten Einzelfalles.

⁵⁴⁹) Dies hält *Barz* (aaO. S. 73) für möglich; ebenso *Matzke*, S. 53.

⁵⁵⁰) Zur prozessualen Wirkung eines Redlichkeitsverstoßes *Baumgärtel*, ZRP 69, 93 ff.

⁵⁵¹) Vgl. *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, § 148 I 1.

⁵⁵²) Das räumt auch *Barz*, aaO., ein.

⁵⁵³) *Barz*, aaO., hält auch in diesem Falle eine Herbeiführung des Stillstands des Verfahrens durch das Gericht für möglich.

Der Kläger kann die Hauptsache auch für erledigt erklären, wenn man der jetzt wohl h. L. darin folgt, daß der Abschluß eines außergerichtlichen Vergleichs ein den Rechtsstreit erledigendes Ereignis im Sinne des § 91 a ist; dagegen *Pohle*, *Revista de Derecho Privado* 1954, S. 18.

⁵⁵⁴) Zu dem Erfordernis der Bestimmtheit bei Vorverträgen RGZ 124, 81 (83). *Schiedermaier* (aaO. S. 180 f.) vertritt dagegen die Ansicht, daß auch bei solchen Vorverträgen, die noch keinen „fest bestimmten Inhalt“ haben, die Erfüllung im Wege der Klage gem. § 888 erzwungen werden könne.

Zielt der Vorvertrag schließlich, wie es praktisch wohl kaum vorkommen wird, allein darauf ab, den Rechtsstreit durch einen Prozeßvergleich ohne Regelung der materiellen Rechtsbeziehungen zu beenden, beabsichtigen die Parteien also den Abschluß eines abstrakten Prozeßbeendigungsvertrags, so kann sich der Beklagte gegenüber der vertragswidrigen Fortsetzung des Verfahrens durch den Kläger auf den Grundsatz von Treu und Glauben berufen. Dies führt zur Abweisung der Klage als unzulässig. Der Kläger ist dadurch hinsichtlich der ihm verbleibenden prozessualen Möglichkeiten nicht schlechter gestellt als durch den von ihm versprochenen abstrakten Prozeßbeendigungsvertrag. Freilich hat er bei einer Abweisung der Klage die Kosten des Verfahrens allein zu tragen. Setzt der Beklagte vertragswidrig das Verfahren fort, so wird man dem Kläger die Befugnis zusprechen können, die Hauptsache für erledigt zu erklären, wenn mit dem außergerichtlichen Vertrag auch nicht eine materiellrechtliche, sondern nur eine prozessuale Erledigung des Rechtsstreits beabsichtigt war.

Zusammenfassung: Abschließend kann festgestellt werden, daß die Vorverträge nicht die gleiche Funktion wie die Prozeßverträge haben, sondern nur einen Rechtszustand⁵⁵⁵⁾ zwischen den Parteien, nicht aber eine prozessuale Situation schaffen wollen. Sie sind ebenso wie die vertragliche Verpflichtung zur Vornahme oder Unterlassung von einseitigen PHen privatrechtlicher Natur und kommen daher für den PHbereich nicht in Betracht.

§ 30. Zusammenfassende Betrachtung der Prozeßverträge im Vergleich zu den unbestrittenen einseitigen Prozeßhandlungen

Die Untersuchung der einzelnen den Rechtsstreit betreffenden Verträge hat gezeigt, daß das Prozeßrecht eine Reihe von Prozeßverträgen zuläßt, die außerhalb des Verfahrens prozeßrechtliche Beziehungen zwischen den Parteien begründen und damit einen prozeßrechtlichen Tatbestand schaffen. Wegen ihrer rein prozessualen Wirkung und Funktion sind sie prozessualer Natur. Sie stehen damit im Gegensatz zu denjenigen Verträgen, die lediglich eine schuldrechtliche Verpflichtung zur Vornahme oder Unterlassung einer PH auferlegen. Bei den einzelnen Prozeßverträgen wurde geklärt, inwieweit sie in ihren Wirkungen und Funktionen den unbestrittenen einseitigen PHen gleichen. Diese Ergebnisse bedürfen einer Zusammenfassung.

I. Geht man entsprechend der Methode der vorliegenden Untersuchung von dem engeren innerprozessualen Wirkungsbereich der zum Begriffskern

⁵⁵⁵⁾ S. oben S. 96 f.

gehörenden unbestrittenen PHen aus, so zeigt sich ein grundsätzlicher Unterschied in der *Wirkung*: während diese eine innerprozessuale Wirkung bereits bei Vorliegen aller tatbestandlichen Voraussetzungen erzeugen, ohne daß es eines weiteren Aktes der Geltendmachung bedarf, wirken die Prozeßverträge, zu denen der Prozeßvergleich als Gesamtakt hier nicht gerechnet wird, im innerprozessualen Bereich erst dann, wenn sie in das Verfahren eingeführt werden, bzw. wenn die befugte Partei sie einredeweise geltend macht. Ihre innerprozessuale Wirkung ist also verglichen mit der der einseitigen unbestrittenen PHen nur eine *mittelbare*, entspricht aber im übrigen ganz der typischen Doppelwirkung⁵⁵⁶⁾ der Bewirkungshandlungen: mit ihrer Einführung in das Verfahren bzw. ihrer einredeweisen Geltendmachung üben die Prozeßverträge in erster Linie eine „nähere“, die Prozeßentwicklung betreffende Wirkung aus, sind jedoch in zweiter Linie auch bestimmend für das Urteil⁵⁵⁷⁾, wie sich z. B. beim Prorogations- und Schiedsvertrag an den ihnen zukommenden Funktionen der Ermöglichung bzw. Verhinderung des Sachurteils zeigt. Daß diese den unbestrittenen PHen eigenen Wirkungen nicht bereits mit dem Abschluß des Vertrags eintreten, ist damit zu erklären, daß der Vorgang des Vertragsabschlusses außerhalb der Entwicklung des Verfahrens steht und ein Spannungsverhältnis zum Urteil, das für den Eintritt der „entfernteren“ innerprozessualen Wirkung maßgebend ist, frühestens mit Einführung der Tatsache des Vertragsabschlusses in den Prozeß entstehen kann. Die nur mittelbare Hervorrufung der innerprozessualen Doppelwirkung darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß der mit dem Vertragsabschluß unmittelbar geschaffene prozessuale Tatbestand, der in der Begründung prozeßrechtlicher Beziehungen⁵⁵⁸⁾ zwischen den gegenwärtigen oder erst künftigen Prozeßparteien zu sehen ist, es ist, der die innerprozessualen Wirkungen hervorruft, und nicht der Akt der Einführung in den Prozeß oder die Einrede, die lediglich weitere — formelle — Voraussetzungen für den Eintritt dieser Wirkungen sind. Die Einführung in den Prozeß ist notwendig, weil dem Urteil nur der Prozeßstoff zugrundegelegt werden kann, und die einredeweise Geltendmachung ist in vielen Fällen erforderlich, da es der befugten Partei freigestellt bleiben muß, in eine Aufhebung des Prozeßvertrags einzuwilligen.

Es gilt hier demnach das gleiche wie bei den am Rand des Begriffskerns stehenden PHen des Armenrechtsgesuchs usw.⁵⁵⁹⁾: der Eintritt der inner-

⁵⁵⁶⁾ S. oben S. 82 ff.

⁵⁵⁷⁾ Für die unbestrittenen Bewirkungshandlungen s. oben S. 83.

⁵⁵⁸⁾ Entgegen der Ansicht von *Bülow*, ZZP 31, 215 ff. (in anderem Zusammenhang).

⁵⁵⁹⁾ S. oben S. 88.

prozessualen Wirkungen ist nicht auf die Geltendmachung als die Form, sondern auf den prozessualen Gehalt des Geltendgemachten, also auf den mit dem Vertragsabschluß unmittelbar entstehenden prozessualen Tatbestand zurückzuführen.

II. Die Untersuchung darüber, welche Regelung bezüglich der *Ausgestaltung des Tatbestandes* dem Sinn und Zweck der einzelnen Prozeßverträge am besten entspricht, hat an Hand der bei den unbestrittenen PHen entwickelten Kriterien ergeben, daß in den meisten Punkten die Regelung des bürgerlichen Rechts vorzuziehen ist. Das gilt für die Frage der Anfechtbarkeit wegen Willensmängel, wenn auch nicht in jeder Hinsicht, ferner für die Anwendbarkeit der Bedingungsregeln, die Geltung des § 138 BGB sowie für das Schikaneverbot. Dagegen haben sich bezüglich der persönlichen Voraussetzung der Geschäfts- bzw. Prozeßfähigkeit bei den einzelnen Prozeßverträgen Unterschiede gezeigt. Die Prozeßfähigkeit ist nur dort zu fordern, aber auch ausreichend, wo der Vertrag die Prozeßführung als solche betrifft⁵⁶⁰). Es ist daher *Nikisch* darin zuzustimmen, daß für den Abschluß von Prozeßverträgen nicht in jedem Falle Prozeßfähigkeit erforderlich ist⁵⁶¹).

Stimmen die hier aufgezeigten Ergebnisse auch im wesentlichen mit der Ansicht von *Schiedermair* überein⁵⁶²), so teile ich doch nicht seine Auffassung, daß die Ausgestaltung des Tatbestandes der prozeßrechtlichen Verträge „von Grundsätzen des Prozeßrechts beherrscht“ werde⁵⁶³). Die in der vorliegenden Untersuchung vertretene Grundauffassung, daß Privatrecht und Prozeßrecht nicht zu streng getrennt werden dürfen, erlaubt es, in den hier behandelten Fällen ein Zurückgreifen des Prozeßrechts auf das bürgerliche Recht anzunehmen. Eine Notwendigkeit dafür, den für die unbestrittenen einseitigen PHen geltenden Grundsatz, wonach die PHen sowohl hinsichtlich der Wirkungen als auch der Voraussetzungen vom Prozeßrecht normiert sind, auf die Prozeßverträge — wenn auch eingeschränkt⁵⁶⁴) — zu übertragen, ist nicht zu erkennen. Daß bezüglich der Wirkungen und Funktionen eine weit-

⁵⁶⁰) So wurde beispielsweise für den Vertrag gem. § 108 und in gewissem Umfange auch für den Prorogationsvertrag Geschäftsfähigkeit als Voraussetzung angenommen (s. oben S. 204, 223 f.).

⁵⁶¹) Lb. § 55 III 3; a. A. *Schiedermair*, aaO. S. 141 f., der für alle Prozeßverträge — mit Ausnahme des Schiedsvertrags — Prozeßfähigkeit für erforderlich und ausreichend hält.

⁵⁶²) Vgl. aaO. S. 136 ff., 170.

⁵⁶³) Vgl. aaO. S. 136/137.

⁵⁶⁴) Vgl. *Schiedermair*, aaO. S. 170.

gehende Übereinstimmung der Prozeßverträge mit den unbestrittenen einseitigen PHen besteht, nötigt nicht dazu, das gleiche für die Regelung der Voraussetzungen anzunehmen. Will man feststellen, unter welcher Fragestellung der PHbegriff zu bilden und zu bestimmen ist, so verbietet sich eine solche Annahme auch aus methodischen Gründen. Stellt man den Begriff unter die Fragestellung der Abgrenzung der PHen von dem bürgerlichrechtlichen Parteiverhalten, so wäre, wollte man die Prozeßverträge trotz der weitgehenden Ausgestaltung des Tatbestandes nach den Regeln des bürgerlichen Rechts als in vollem Umfange von den Grundsätzen des Prozeßrechts beherrscht ansehen, eine klare Abgrenzung des PHbereichs nicht mehr möglich. Da erst noch zu entscheiden ist, ob der PHbegriff unter dieser Fragestellung oder unter dem Gesichtspunkt der funktionellen Bedeutung der PHen für den Prozeß oder unter beiden Fragestellungen gebildet und bestimmt werden soll, muß zunächst der Gegensatz zwischen den Prozeßverträgen und den unbestrittenen einseitigen PHen in der Ausgestaltung des Tatbestandes klar herausgestellt werden⁵⁶⁵).

III. Das Zurückgreifen des Prozeßrechts auf das bürgerliche Recht in der Frage der Ausgestaltung des Tatbestandes nötigt weder dazu, in den Prozeßverträgen bürgerlichrechtliche Verträge mit prozeßrechtlichen Wirkungen⁵⁶⁶) zu sehen, noch dazu, die Verträge bezüglich des Tatbestandes dem bürgerlichen Recht und bezüglich der Wirkungen dem Prozeßrecht zuzuweisen⁵⁶⁷). Daß die Prozeßverträge trotz der Anwendung bürgerlichrechtlicher Regeln unter Umständen dem PHbereich zugeordnet werden können, zeigt eine Betrachtung der den einzelnen Verträgen zukommenden *Funktionen*. Mit den unbestrittenen einseitigen PHen haben sie den funktionellen Zusammenhang mit dem Prozeßzweck gemeinsam, der in der generell-typischen Funktion des „Rechtnehmens (Rechtsuchens)“ zum Ausdruck kommt. Daß nicht allen Prozeßverträgen eine den normal-typischen Funktionen der unbestrittenen PHen vergleichbare Aufgabe zukommt, erklärt sich mit der Stellung dieser Verträge im „Begriffshof“.

IV. Für den prozessualen Charakter der Prozeßverträge spricht auch, daß sie sich selbst dann, wenn sie mit einem materiellrechtlichen Vertrag ver-

⁵⁶⁵) Auch *Schiedermair* erkennt diesen Gegensatz von seinem grundsätzlich anderen Standpunkt aus an. Wegen dieser Abweichungen faßt er die prozeßrechtlichen Verträge innerhalb der Bewirkungshandlungen zu einer Sondergruppe zusammen; vgl. aaO. S. 169 f.

⁵⁶⁶) So *Rosenberg*, § 59, 2.

⁵⁶⁷) So *Oertmann*, ZZP 45, 403 ff.

IV. Teil. Prozeßverträge

bunden sind, wie es bei der Zuständigkeitsvereinbarung die Regel ist, von dem umstrittenen materiellen Rechtsverhältnis abheben lassen. Die Vorschrift des § 139 BGB kann daher auch nur in einer modifizierten Weise Anwendung finden.

V. Im Hinblick auf die beiden Fragestellungen, die für die Begriffsbestimmung in Betracht kommen, kann festgestellt werden, daß sich die Prozeßverträge unter der Fragestellung der Abgrenzung der PHen von dem bürgerlichrechtlichen Parteiverhalten von den unbestrittenen einseitigen PHen unterscheiden, während sie unter der Fragestellung der funktionellen Bedeutung der PHen für den Prozeß mit ihnen übereinstimmen⁵⁶⁸).

Als Ergebnis der Untersuchung kann ferner festgestellt werden, daß es unter den überprüften Verträgen ebensowenig doppelfunktionelle PHen gibt wie bei den umstrittenen einseitigen Parteihandlungen. Eine Abhängigkeit des Eintritts der prozessualen Wirkung von dem gleichzeitigen Eintritt einer materiellrechtlichen Wirkung ist dem Prozeßrecht bei den Parteiprozeßhandlungen fremd.

⁵⁶⁸) Ähnlich *Nikisch*, § 55 III 2.

V. TEIL

Die Bestimmung des Prozeßhandlungsbegriffs

§ 31. Die Gruppierung der umstrittenen Grenzfälle

Die vorausgegangene Einzeluntersuchung hat gezeigt, daß nicht nur die zum Begriffskern gehörenden PHen, sondern auch eine große Zahl der außerhalb des Begriffskerns liegenden Parteihandlungen prozessualen Charakter haben und für den PHbereich in Frage kommen. Dabei zeichnen sich unter den überprüften Grenzfällen für die beiden Fragestellungen, die für die Bildung und Bestimmung des PHbegriffs in Betracht kommen, verschiedene Gruppen ab, die der Übersicht halber im folgenden skizziert werden sollen. Unter der Fragestellung der Abgrenzung von den Rechtsgeschäften des bürgerlichen Rechts kommt es dabei in erster Linie auf die Regelung der Wirkungen und Voraussetzungen sowie auf den Grad der Wirkung an. Daneben ist, wie sich noch zeigen wird, auch die jeweilige Funktion von Bedeutung. Unter der Fragestellung der funktionellen Bedeutung für den Prozeßzweck und die Prozeßentwicklung ist von Bedeutung, ob den einzelnen umstrittenen Parteihandlungen die generelle Funktion des Rechtnehmens und eine der normal-typischen Funktionen, wie sie die unbestrittenen PHen ausüben, zukommen. Für beide Fragestellungen ist im folgenden zwischen den einseitigen und den zweiseitigen Parteihandlungen, den Prozeßverträgen, zu unterscheiden.

I. Unter der Fragestellung der Abgrenzung der PHen von den Rechtsgeschäften des bürgerlichen Rechts ergeben sich folgende Gruppen:

Gruppe 1: solche Handlungen, die eine unmittelbare innerprozessuale Wirkung haben, hinsichtlich der Voraussetzungen den für die unbestrittenen PHen entwickelten Grundsätzen unterliegen und eine rein prozessuale Funktion ausüben:

- a) einseitige Parteihandlungen: Anerkenntnis und Verzicht;
- b) zweiseitige Parteihandlungen: — — —.

Der Prozeßvergleich, der zu dieser Gruppe gehört, ist ein Gesamtakt.

Gruppe 2: solche Handlungen, die nur mittelbar eine innerprozessuale Wirkung hervorrufen, hinsichtlich der Voraussetzungen jedoch den für die unbestrittenen PHen entwickelten Grundsätzen unterliegen und auch eine rein prozessuale Funktion ausüben:

V. Teil. Definition des Prozeßhandlungsbegriffs

- a) einseitige Parteihandlungen: der einseitige, dem Gegner nach Urteilsverkündung erklärte Rechtsmittelverzicht, der Zustellungsauftrag und die Erteilung der Prozeßvollmacht;
- b) zweiseitige: — — — — —;

Gruppe 3: solche Handlungen, die nur mittelbar eine innerprozessuale Wirkung erzeugen und hinsichtlich der Voraussetzungen im wesentlichen den Regeln des bürgerlichen Rechts unterliegen, die jedoch eine rein prozessuale Funktion ausüben:

- a) einseitige Parteihandlungen: — — — — —;
- b) zweiseitige: alle Prozeßverträge;

Gruppe 4: solche Handlungen, die ihrer Wirkung nach nur in einem äußeren, lockeren Zusammenhang mit dem Prozeß stehen, deren charakteristische Wirkung bürgerlichrechtlicher Natur ist, die hinsichtlich der Voraussetzungen den Regeln des bürgerlichen Rechts unterliegen und denen keine prozessuale Funktion zukommt:

- a) einseitige Parteihandlungen: die Vornahme einseitiger Gestaltungsgeschäfte im Prozeß;
- b) zweiseitige: der außergerichtliche Vergleich sowie die Verträge, mit denen eine Verpflichtung zur Vornahme oder Unterlassung von PHen übernommen wird.

II. Unter der Fragestellung der funktionellen Bedeutung der PHen für den Prozeßzweck und die Prozeßentwicklung ergeben sich folgende Gruppen:

Gruppe 1: solche Handlungen, die sowohl die generelle Funktion des Rechtnehmens als auch eine mit den normal-typischen Funktionen der unbestrittenen PHen vergleichbare Funktion ausüben:

- a) einseitige Parteihandlungen: Anerkenntnis und Verzicht sowie der einseitige dem Gegner nach der Urteilsverkündung erklärte Rechtsmittelverzicht;
- b) zweiseitige: der Prorogationsvertrag, der vorgängige Rechtsmittelverzichtsvertrag sowie die Beweisverträge; außerdem der Prozeßvergleich, der Gesamtakt ist;

§ 32. Die für die Definition maßgebende Fragestellung

Gruppe 2: solche Handlungen, die mit den unbestrittenen PHen die generelle Funktion des Rechtnehmens gemeinsam haben:

- a) einseitige Parteihandlungen: der Zustellungsauftrag und die Erteilung der Prozeßvollmacht;
- b) zweiseitige: der Schiedsvertrag;

Gruppe 3: solche Handlungen, die funktionell mit den unbestrittenen PHen nichts gemeinsam haben, denen also auch die generelle Funktion des Rechtnehmens fehlt:

- a) einseitige Parteihandlungen: die Vornahme einseitiger Gestaltungsgeschäfte im Prozeß;
- b) zweiseitige: der außergerichtliche Vergleich sowie die Verträge, mit denen eine Verpflichtung zur Vornahme oder Unterlassung von PHen übernommen wird.

Stellte man unter der zuerst angeführten Fragestellung aus praktischen Gründen auf die prozeßrechtliche Normierung sowohl hinsichtlich der Wirkungen als auch der Voraussetzungen ab, so müßten die unter I. Gruppe 1) und 2) angeführten Grenzfälle zum PHbereich gezogen werden. Stellte man jedoch mit Rücksicht darauf, daß sich die Zulässigkeit einer Parteihandlung nach der Wirkung bestimmt, allein auf die Wirkung ab, so würden auch die in Gruppe 3) genannten Parteihandlungen zum PHbereich gehören.

Geht man unter der Fragestellung der funktionellen Bedeutung der PHen für den Prozeß davon aus, daß die PH auf jeden Fall die generelle Funktion des Rechtnehmens ausüben muß, so sind die unter II. Gruppe 1) und 2) angeführten Parteihandlungen zum PHbereich zu ziehen.

§ 32. Die Fragestellung, unter der die Begriffsbestimmung vorzunehmen ist

Diese Übersicht zeigt, daß der PHbereich unter den beiden Fragestellungen einen verschiedenen Umfang hat. Ob es zweckmäßig ist, zwei verschiedene PHbegriffe aufzustellen und getrennt nach den beiden Fragestellungen zu definieren, richtet sich in erster Linie nach den Bedürfnissen der Praxis, die täglich mit diesem zentralen Begriff arbeiten muß. Daß eine solche Nebeneinanderstellung möglich ist, haben die Ausführungen über den Relationscharakter der Begriffe zu Beginn der Untersuchung gezeigt. Die Zweckmäßigkeit einer doppelten Definition ist jedoch zu verneinen, da sie die

praktische Rechtsanwendung wesentlich erschweren würde. Es müßte in jedem Einzelfall erst geprüft werden, welcher PHbegriff maßgebend ist. Für die Findung einer für das ganze Prozeßrecht anwendbaren Definition kann letztlich nur *eine* der beiden Fragestellungen entscheidend sein.

Die allein auf die Abgrenzung von dem bürgerlichrechtlichen Parteiverhalten abstellende enge Begriffsbestimmung, wie sie vor allem von *Rosenberg*⁵⁶⁹⁾ vertreten wird, hat — scheinbar — den Vorzug der größeren Praktikabilität. Ob und wie sich die Forderung von *Rümelin*⁵⁷⁰⁾ realisieren läßt, die Definition müsse so aufgestellt werden, daß aus ihr im konkreten Einzelfall gefolgert werden könne, ob sich die Ausgestaltung des Tatbestandes nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts oder des Prozeßrechts richtet, braucht für den engen Prozeßhandlungsbegriff nicht näher erörtert zu werden. Eine solche Begriffsbestimmung wäre ganz auf die zum Begriffskern gehörenden Parteiaktionen beschränkt, der Begriffshof würde von ihr nicht erfaßt.

Die ebenfalls der Abgrenzung nach *außen* dienende, allein auf die Wirkung abgestellte Definition geht, wie noch zu zeigen sein wird, in der unter der Fragestellung der funktionellen Bedeutung der PHen für den Prozeß vorgenommenen Begriffsbestimmung auf und ist dort mit zu behandeln.

Gegenüber dem unter praktischen Gesichtspunkten gebildeten engen PHbegriff dient der unter der Fragestellung der funktionellen Bedeutung für den Prozeßzweck und die Prozeßentwicklung gebildete und bestimmte Begriff mehr der Erkenntnis der Stellung der PH innerhalb des Prozeßganzen. Wie schon angedeutet kommt der funktionellen Begriffsbestimmung insofern auch eine praktische Bedeutung zu, als sie Auskunft über die typische Wirkung einer PH gibt, die entscheidend ist für die Frage, nach welchem Rechtsgebiet die Zulässigkeit zu bestimmen ist.

Der Bildung und Bestimmung des PHbegriffs unter dem funktionellen Gesichtspunkt ist trotz der scheinbar größeren Praktikabilität des engen PHbegriffs der Vorzug zu geben, da er der Bedeutung der PHen für den Prozeß mehr gerecht wird, indem zum Ausdruck kommt, in welcher Weise die Parteien an dem Vorgang des Rechtnehmens und Rechtgebens mitwirken. Die geringere Praktikabilität gegenüber dem engen PHbegriff ist auch nur eine scheinbare, denn aus dem funktionell bestimmten PHbereich läßt sich eindeutig eine Gruppe von PHen herauslösen, die sich sowohl hinsichtlich der

⁵⁶⁹⁾ Lb. § 59.

⁵⁷⁰⁾ AcP 131, 248.

Voraussetzungen als auch der Wirkungen von den Rechtsgeschäften des bürgerlichen Rechts unterscheiden. Bei der Überprüfung der umstrittenen Grenzfälle hat sich gezeigt, daß die einseitigen Parteihandlungen dann, wenn ihnen eine prozessuale Funktion zukommt, nicht nur hinsichtlich der Wirkungen, sondern auch in der Ausgestaltung des Tatbestandes den Regeln des Prozeßrechts unterliegen. Darin unterscheiden sie sich von den zweiseitigen Parteihandlungen mit prozessualer Funktion, die in der Ausgestaltung des Tatbestandes im wesentlichen den Regeln des bürgerlichen Rechts unterliegen. Beruht diese Erkenntnis auch nicht auf einer Untersuchung sämtlicher Parteihandlungen, deren PHcharakter umstritten ist, so erscheint es doch berechtigt, das mit der Einzeluntersuchung gewonnene Ergebnis für die Begriffsbestimmung zu verwerten, da es sich bei den überprüften Parteihandlungen um die praktisch wichtigsten Grenzfälle handelt, so daß ein etwaiger Ausnahmefall an diesem grundsätzlichen Unterschied zwischen den einseitigen PHen und den Prozeßverträgen nichts zu ändern vermag. Sollte es einmal bei einer einseitigen Parteihandlung zweifelhaft sein, ob die Ausgestaltung des Tatbestandes den prozessualen Grundsätzen unterliegt, so ist zu überprüfen, welche Regelung dem Zweck des betreffenden Instituts am besten entspricht. Diese bei einer funktionellen Begriffsbestimmung nur im Ausnahmefall erforderliche Prüfung ist bei der von der h. L. angewandten Definition, aus der sich nicht ergibt, *wann* hinsichtlich der Voraussetzungen die Regeln des Prozeßrechts Anwendung finden⁵⁷¹⁾, in *jedem* der umstrittenen Grenzfälle notwendig. Insofern ist ein funktioneller PHbegriff für die praktische Rechtsanwendung nicht nachteiliger als ein enger PHbegriff.

Dadurch, daß sich die *einseitigen* Parteihandlungen mit *prozessualer Funktion* einerseits deutlich von den Rechtsgeschäften des bürgerlichen Rechts abheben und sich andererseits durch ihre verschiedene Regelung hinsichtlich der Voraussetzungen von den *zweiseitigen* Parteihandlungen mit prozessualer Funktion unterscheiden, ist es möglich, beide Gruppen unter dem Gesichtspunkt ihrer gemeinsamen prozessualen Funktion unter einem Begriff zusammenzufassen, ohne daß ein solcher umfassender PHbegriff dem Vorwurf der geringen Praktikabilität ausgesetzt wäre. Es handelt sich dabei um einen praktisch-systematischen, nicht um einen Typenbegriff.

Der PHbegriff ist daher unter der Fragestellung der funktionellen Bedeutung der PHen für Prozeßzweck und Prozeßentwicklung zu bestimmen.

⁵⁷¹⁾ Vgl. die Formulierung bei Rosenberg, § 59: „... Verhalten, das in Voraussetzungen und Wirkungen vom Prozeßrecht geregelt ist.“

§ 33. Die Begriffsmerkmale für einen funktionellen Prozeßhandlungsbegriff

Bei der Aufstellung der Begriffsmerkmale ist zunächst die Notwendigkeit einer Abgrenzung von den anderen Tatsachen des Prozeßrechts (Abgrenzung nach innen) und von den Handlungen Dritter innerhalb des Verfahrens zu berücksichtigen. Dies wird, wie schon zu Beginn der Untersuchung festgestellt wurde, durch die Begriffsmerkmale des „äußeren, auf einem bewußten Willen (Handlungswillen) beruhenden Verhaltens⁵⁷²⁾ der Partei“⁵⁷³⁾ gewährleistet.

Ausgangspunkt für die Bestimmung des funktionellen PHbegriffs ist die prozessuale *Wirkung*. In ihr kommt die funktionelle Bedeutung der PH für Prozeßzweck und Prozeßentwicklung zum Ausdruck. Den Begriffskern bilden dabei diejenigen PHen, die unmittelbar, d. h. mit Vorliegen aller tatbestandlichen Voraussetzungen, ohne daß es eines weiteren Aktes der Geltendmachung bedarf, eine innerprozessuale Wirkung ausüben, indem sie die Prozeßentwicklung beeinflussen, also das Verfahren gestalten. Die Überprüfung der Grenzfälle hat jedoch ergeben, daß auch solche Parteihandlungen eine prozessuale Funktion ausüben können, die nur mittelbar auf die Prozeßentwicklung einwirken. Ihre unmittelbare Wirkung liegt in der Schaffung eines außerhalb des Verfahrens liegenden Tatbestandes, der mit der Einführung in den Prozeß bzw. mit der einredeweisen Geltendmachung zu einer Verfahrensgestaltung führt. Der prozessuale Charakter dieses Tatbestandes ist darin zu sehen, daß mit seiner Schaffung die Verfahrensgestaltung ermöglicht wird bzw. verhindert werden kann. Wie die oben skizzierte Zusammenstellung der verschiedenen Gruppen zeigt, kommt den Parteihandlungen mit nur mittelbarer innerprozessualer Wirkung z. T. die gleiche Funktion zu wie den unbestrittenen einseitigen PHen. Soweit sie wie die Erteilung der Prozeßvollmacht und der Schiedsvertrag keine den normal-typischen Funktionen der unbestrittenen PHen vergleichbare Aufgabe haben, kommt ihnen doch die generell-typische Funktion des Rechtnehmens zu.

Es ist daher nicht allein auf die unmittelbare innerprozessuale Wirkung abzustellen. Maßgebend ist vielmehr sowohl die unmittelbare Verfahrensgestaltung als auch die Schaffung eines Tatbestandes, mit dem die Verfah-

⁵⁷²⁾ So die Formulierungen von *Rosenberg*, § 59, die sachlich der oben S. 31 angeführten entspricht.

⁵⁷³⁾ S. oben S. 31 ff.

§ 33. Begriffsmerkmale für funktionellen Prozeßhandlungsbegriff

rengestaltung ermöglicht wird bzw. verhindert werden kann. Voraussetzung für die Einbeziehung einer Parteihandlung in den PHbereich ist allerdings, daß ihr eine dieser Wirkungen *charakteristisch* ist. Bloße Nebenwirkungen bleiben außer Betracht.

In dem Abstellen auf die „Verfahrensgestaltung“ kommt der funktionelle Zusammenhang der PH mit der „Prozeßentwicklung“ am besten zum Ausdruck. Daß nicht nur die unmittelbar der Prozeßentwicklung dienenden Parteihandlungen, sondern auch solche mit dem Prozeß in funktionellem Zusammenhang stehen, die erst über die Schaffung eines Tatbestandes außerhalb des Prozesses auf die Verfahrensgestaltung einwirken, erklärt sich aus der ihnen zukommenden generell-typischen Funktion des Rechtnehmens.

Von einem funktionellen Zusammenhang zwischen Parteihandlung und Prozeß kann nur dann gesprochen werden, wenn feststeht, auf *welchen* Rechtsstreit die Parteihandlung einwirken soll. Der Rechtsstreit muß bei Vorliegen aller tatbestandlichen Voraussetzungen bestimmt festliegen oder doch jedenfalls bestimmbar sein.

Das bedeutet nicht, daß der Prozeß bereits anhängig sein muß. Auch soll damit nicht das Begriffsmerkmal der Beziehung zum „Betrieb“ eines bestimmten Prozesses⁵⁷⁴⁾ übernommen werden. Die Verfahrensbetreibung ist, wie gezeigt wurde, nur eine der drei normal-typischen Funktionen der PHen.

Ferner bedeutet das Begriffsmerkmal der Beziehung zu einem bestimmten Prozeß nicht, daß nur die „innerhalb oder zur unmittelbaren Vorbereitung eines Prozesses“ dienenden Handlungen zum PHbereich gehören. Das Erfordernis der „Bestimmtheit“ besagt nicht, daß der Plan, einen Rechtsstreit zu beginnen, schon konkrete Formen angenommen haben muß. Zwar wurden in der vorliegenden Untersuchung die zeitliche und sachliche „Nähe“ der Vornahme der Parteihandlung zum Rechtsstreit als *Anhaltspunkte* für die Klärung der Funktion einer Parteihandlung mit herangezogen, als *Begriffsmerkmale* sind diese Kriterien wegen ihrer geringen Bestimmtheit jedoch nicht brauchbar. *Niese*⁵⁷⁵⁾ hebt mit Recht hervor, daß der Prorogationsvertrag, wollte man auf die „unmittelbare Vorbereitung des Prozesses“ abstellen, sich einmal als PH darstellt, nämlich dann, wenn er gesondert kurz

⁵⁷⁴⁾ Vgl. *Siebert*, Prozeßhandlungen, S. 23; dagegen mit Recht *Niese*, Prozeßhandlungen, S. 86.

⁵⁷⁵⁾ AaO. S. 86.

vor Beginn des Prozesses geschlossen wird, und einmal als bürgerliches Rechtsgeschäft, nämlich dann, wenn er von vornherein zusammen mit dem Kaufvertrag vereinbart wird.

Zu Beginn der Untersuchung mußte aus methodischen Gründen die Frage offengelassen werden, ob als Begriffsmerkmal auch die „Vornahme gegenüber einem anderen Prozeßsubjekt“ aufzustellen ist⁵⁷⁶). Dies würde bedeuten, daß die Erteilung der Prozeßvollmacht aus dem PHbereich auszuschneiden hätte. Die Untersuchung dieser Parteihandlung hat jedoch ergeben, daß sie unter beiden für die Begriffsbestimmung in Betracht gezogenen Fragestellungen zum PHbereich gehört. Einer derartigen Einschränkung des PHbegriffs⁵⁷⁷), wie sie die Verwendung dieses Begriffsmerkmals zur Folge hätte, kann nicht zugestimmt werden.

Die hier als notwendig aufgezeigten Begriffsmerkmale ergeben die Definition, wie ich sie am Schluß der Abhandlung vorschlage.

§ 34. Zur Einteilung der Prozeßhandlungen

Es ist nicht Aufgabe der vorliegenden Untersuchung, eine Einteilung der PHen vorzunehmen. Der Wert der Unterscheidung in Erwirkungs- und Bewirkungshandlungen wurde schon hervorgehoben⁵⁷⁸). Ob daneben eine weitere Aufgliederung, beispielsweise bei den Bewirkungshandlungen in Willens- und Wollenserklärungen, Vorstellungsmittelungen und Realakte, einen Wert hat, muß hier dahingestellt bleiben⁵⁷⁹). Es soll im folgenden lediglich überprüft werden, ob die am Schluß der Untersuchung vorgeschlagene Definition sowohl den einseitigen als auch den zweiseitigen PHen gerecht wird. Ferner soll geklärt werden, ob neben der Unterscheidung in ein- und zweiseitige PHen dem Begriff des „Prozeßrechtsgeschäfts“ eine Bedeutung zukommt.

Da sich die einseitigen Parteihandlungen, denen die in der Begriffsbestimmung angeführte Wirkung zukommt, von den bürgerlichen Rechtsgeschäften auch in der Ausgestaltung des Tatbestandes unterscheiden, wird mit der vorgeschlagenen Definition dem praktischen Bedürfnis nach einer Abgrenzung der PHen von dem bürgerlichrechtlichen Parteiverhalten im

⁵⁷⁶) S. oben S. 33.

⁵⁷⁷) Vgl. die Definition von *Sauer*, Prozeßrechtslehre, § 9 II.

⁵⁷⁸) S. oben S. 84.

⁵⁷⁹) *Rosenberg*, § 60 II, verneint jeden Wert einer solchen Einteilung.

Hinblick auf die unterschiedliche Regelung der Voraussetzungen *und* Wirkungen Rechnung getragen. Ein solches Bedürfnis besteht nur für die einseitigen PHen. Bei den Prozeßverträgen greift das Prozeßrecht in der Ausgestaltung des Tatbestandes in weitem Maße auf das bürgerliche Recht zurück. Für die Prozeßverträge ergibt sich aus der vorgeschlagenen Definition jedoch insofern die Möglichkeit einer Abgrenzung von dem bürgerlichrechtlichen Parteiverhalten, als sie sich in der Wirkung unterscheiden. Aus ihr ergibt sich, welches Rechtsgebiet über die Zulässigkeit eines Vertrags entscheidet. Diese Frage ist im Problemkreis der Prozeßverträge, wie die Einzeluntersuchung gezeigt hat, die wohl praktisch wichtigste.

Daß es berechtigt ist, die Prozeßverträge zu einer besonderen Gruppe innerhalb des PHbereichs zusammenzufassen, hat *Schiedermair* überzeugend nachgewiesen⁵⁸⁰⁾. Die Prozeßverträge haben gemeinsam die prozessuale Wirkung und Funktion sowie die Ausgestaltung des Tatbestandes im wesentlichen nach den Regeln des bürgerlichen Rechts. Wieweit im einzelnen das Prozeßrecht bei der Ausgestaltung des Tatbestandes auf die Grundsätze des bürgerlichen Rechts zurückgreift, läßt sich allerdings nur unter Berücksichtigung des abstrakten Zwecks des einzelnen Prozeßvertrags feststellen. Damit ist die vorgeschlagene Definition nicht dem gleichen Einwand ausgesetzt, wie er hier gegen die von der h. L. angewandte Definition erhoben wird, nämlich, daß sich aus ihr nicht ergibt, welche Regelung hinsichtlich der Voraussetzungen im konkreten Einzelfall Anwendung findet. Für die einseitigen Parteiaktionen läßt sich dies aus der vorgeschlagenen Definition im konkreten Einzelfall entnehmen. Liegen die Begriffsmerkmale bei einer einseitigen Parteiaktion vor, so unterliegt die Ausgestaltung des Tatbestandes im Regelfall⁵⁸¹⁾ den für die unbestrittenen PHen entwickelten Grundsätzen. Bei den zweiseitigen PHen kann die Notwendigkeit einer Nachprüfung, welche Regelung Anwendung findet, in Kauf genommen werden.

Ergibt sich danach, daß die vorgeschlagene Definition den praktischen Bedürfnissen gerecht wird, so bleibt noch zu klären, ob die viel umstrittene Kategorie der „Prozeßrechtsgeschäfte“ bei der Aufstellung des PHbegriffs Beachtung erfordert. Ob dem Begriff des „Prozeßrechtsgeschäfts“ ein dogmatischer Wert zukommt, braucht im Rahmen der vorliegenden Unter-

⁵⁸⁰⁾ Prozeßvereinbarungen, S. 169 f. Ebenso behandelt *Nikisch* (§ 55) die Prozeßverträge als eine besondere Gruppe. *Dickhoff* (S. 70) hält dagegen eine Gruppierung der „prozeßrechtlichen Verträge“ für ebenso belanglos und dogmatisch unfruchtbar wie die Gruppierung der „Prozeßrechtsgeschäfte“.

⁵⁸¹⁾ S. oben S. 285.

suchung nicht geklärt zu werden⁵⁸²). Selbst wenn man annehmen wollte, daß den Prozeßrechtsgeschäften wegen der Unwiderruflichkeit der von ihnen geschaffenen Prozeßsituation gegenüber den anderen PHen eine selbständige Bedeutung zukommt⁵⁸³), hat dies auf die Bildung und Bestimmung des PHbegriffs keinen Einfluß. Die Frage, ob eine PH widerruflich ist oder nicht, ist zwar von erheblicher praktischer Bedeutung, tritt aber gegenüber den beiden Fragestellungen, die für die Bestimmung des PHbegriffs in Betracht gezogen wurden, zurück. Für die Definition des für das ganze Prozeßrecht geltenden PHbegriffs ist diese Einzelfrage ohne Bedeutung.

Auch wenn man den dogmatischen Wert des Begriffs des „Prozeßrechtsgeschäfts“ verneint, wird man ihm doch auf jeden Fall einen didaktischen Wert zusprechen müssen. Mit der Anwendung des Begriffs in der Lehre kann das Verständnis für den Vorgang der Prozeßentwicklung gefördert werden. Dabei ist der gleiche Begriff zu verwenden, wie er im Privatrecht entwickelt worden ist⁵⁸⁴). Da der Wille der Parteien im Prozeß keineswegs belanglos ist⁵⁸⁵), läßt sich an Hand dieses Begriffs zeigen, inwieweit das Prozeßrecht bei der Gestaltung des Verfahrens an den Willen der Parteien anknüpft⁵⁸⁶). Daß aus einem didaktischen Begriff keine praktischen Schlußfolgerungen für die Rechtsanwendung gezogen werden können, bedarf keiner weiteren

⁵⁸²) Als dogmatisch unfruchtbar wird dieser Begriff abgelehnt oder seine Berechtigung bezweifelt u. a. von *Baumbach-Lauterbach*, Gr. 5 B vor § 128; *Bülow*, Geständnisrecht, S. 153 ff.; *Goldschmidt*, S. 460 ff.; *Kleinfeller*, S. 218; *Nikisch*, § 54 I 3; *Rosenberg*, § 60 III; *Sauer*, Prozeßrechtslehre, § 9 II 3; *Schiedermair*, Prozeßvereinbarungen, S. 168 f.; *Schönke-Schröder-Niese*, § 33 II 3; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, Bem. IV 5 vor § 128; weitere Nachweise bei *Siegert*, Prozeßhandlungen, S. 31 Anm. 2.

Dagegen wird der Begriff mit verschiedener Begründung und zum Teil unterschiedlichem Inhalt bejaht u. a. von *Bunsen*, ZZZ 35, 401 ff. (ganz abweichend); *Deinhardt*, S. 13/14; *Hellwig*, Prozeßhandlung, S. 75 ff.; *Knecht*, S. 15 ff.; *Kohler*, Der Prozeß als Rechtsverhältnis, S. 34 ff., 93 ff.; *Krusch*, Vergleich, S. 84; *Lent*, § 29 V a. E.; *Neuner*, S. 106 ff.; *Siegert*, Prozeßhandlungen, S. 31 (mit weiteren Nachweisen Anm. 2); *Süss*, Anerkenntnis, S. 67; *Trutterm*, Prozeßrechtsgeschäfte; *Wach*, AcP 64, 238 ff.; *Weismann*, I, S. 298; vgl. auch *Kormann*, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, S. 15 ff.

⁵⁸³) Um dies zu klären, wäre es zunächst erforderlich, den privatrechtlichen Begriff des Rechtsgeschäfts einer eingehenden Untersuchung zu unterziehen und dann zu prüfen, inwieweit dieser Begriff auf bestimmte PHen zutrifft. Eine derartige Untersuchung ginge über den Rahmen der vorliegenden Untersuchung hinaus.

Aus dem im Text angeführten Grund nehmen eine selbständige Bedeutung u. a. * *Hellwig*, Prozeßhandlung, S. 77, *Siegert*, aaO. S. 111, und *Knecht*, S. 21, an; dagegen *Stein*, ZZZ 41, 420 ff.

⁵⁸⁴) Vgl. *Hellwig*, Prozeßhandlung, S. 75.

⁵⁸⁵) Vgl. dazu *Süss*, Anerkenntnis, S. 67.

⁵⁸⁶) Vgl. *Weismann*, I, S. 298; *Lent*, § 29 V a. E.

§ 35. Vorschlag einer Definition

Begründung. Aber auch als didaktischer Begriff ist das „Prozeßrechtsgeschäft“ als Untergruppe der PHen ohne Einfluß auf die Aufstellung der Begriffsmerkmale. Ein solcher Begriff dient reinen Lehrzwecken, während der hier gebildete und definierte Begriff sowohl der praktischen Rechtsanwendung als auch der Erkenntnis der funktionellen Bedeutung der PHen dient.

§ 35. Vorschlag einer Definition

Faßt man die Ergebnisse der Untersuchung zusammen, so kann auf Grund der aufgezeigten Begriffsmerkmale folgende Definition für die PH im Bereich des Erkenntnisverfahrens vorgeschlagen werden:

Die Parteiprozeßhandlung ist jedes äußere, auf einem bewußten Willen (Handlungswillen) beruhende Verhalten einer Partei, dessen charakteristische Wirkung entweder in der Gestaltung des Verfahrens oder in der Schaffung eines Tatbestands besteht, der sich auf ein bestimmtes Verfahren bezieht und mit der Geltendmachung im Prozeß eine Verfahrensgestaltung herbeiführt oder verhindert.

Diese Definition vermag für die *einseitige* Parteihandlung im konkreten Einzelfall einen Anhalt dafür zu geben, ob bezüglich der Voraussetzungen die Regeln des bürgerlichen Rechts oder des Prozeßrechts Anwendung finden. Darin unterscheidet sich die hier vorgeschlagene Definition von derjenigen der h. L. Die einseitigen Parteihandlungen, die unter die obige Definition fallen, unterliegen sowohl hinsichtlich der Voraussetzungen als auch der Wirkungen dem Prozeßrecht. Das hat die Einzeluntersuchung der unbestrittenen PHen und der zahlreichen umstrittenen Grenzfälle ergeben.

Gesamtakte unterstehen wie einseitige PHen auch in ihren Voraussetzungen dem Prozeßrecht.

Dies gilt dagegen nicht für die Prozeßverträge als *zweiseitige* PHen. Bei ihnen greift das Prozeßrecht bezüglich der Voraussetzungen in weitem Umfange auf die Regelung des bürgerlichen Rechts zurück. Im konkreten Einzelfall ist daher jeweils nachzuprüfen, welche Regelung zur Anwendung kommt.

Sachregister

Die fettgedruckten Seitenzahlen
bezeichnen die Stelle, an der die betreffende Frage im Zusammenhang behandelt ist.
PH = Prozeßhandlung der Partei

A

Abzahlungsgeschäfte 220 Anm. 219
Allgemeinbegriff, abstrakter — 9, praktisch-systematischer — 11
Alternativtatbestand 149
Anerkenntnis 99, 104, 142 ff., 183, 281, 282, Anfechtbarkeit wegen Willensmängel 147 f., antizipiertes — 148 f., Bedingungsfeindlichkeit 148, deklaratorisches — 146, Doppelfunktionalität 146, als PH mit Doppelnatur 143 f., 147 Anm. 37, konstitutives — 146, materiellrechtliche Funktion 145, materiellrechtliches —, Wirkungen einer Anfechtung 147 f., — durch Nebenintervenienten 38 f., reine Prozeßhandlung 143 f., 149, Täuschung u. Drohung 148, als Urteilsgrundlage 145 f., — durch gesetzliche Vertreter 37 f., Widerruf 148, Wirkungen 144
Anerkenntnisurteil 147
Anerkenntnisvertrag 251, 259
Anfechtung von Prozeßhandlungen wegen Willensmängel 115 ff., s. a. Willensmängel
Anfechtungserklärung im Prozeß, als materiellrechtliches Gestaltungsgeschäft 112, 149 ff., 155, 156, 158 Anm. 101, 161
Anfechtungsfrist bei Rechtshängigkeit 155
Anträge, bedingte — 128
Anwaltszwang, Einfluß der Rechtsnatur einer Parteihandlung auf die Frage des — 108 f., — nur für Parteihandlungen vor Gericht 107 ff., beim Stellungsauftrag 170
Arglist im Zivilprozeß 139 f.
Arglisteinrede beim Klagezurücknahmevertrag 266, beim Rechtsmittelverzichtsvertrag 207

Armenrechtsgesuch, Funktion 98, gleichzeitige Einreichung mit der Klage 122, typische PH 79, verfahrensgestaltende Wirkung 82, 88
Art und Weise des Zustandekommens von PHen 111
Aufnahme des Verfahrens, bedingte — 127
Aufrechnung, Prozeßabweisung nach erklärter — 163
Aufrechnung im Prozeß 35, 149 ff., 152, 155, 159 Anm. 105, 161 ff., bürgerlichrechtliche Natur 165, — durch Nebenintervenienten 39, — kraft Prozeßvollmacht 158 Anm. 103, Theorie von der Doppelnatur 35, 162, 165, prozessuale Theorie 161, 162, 165, verspätete — 164, Vorliegen eines Doppeltatbestands 166, s. a. Eventualaufrechnung
Auslegung, berichtigende — 115, im Prozeßrecht 112 ff., Revisibilität der — von PHen 113 f.
Auslegungsregeln des BGB, Anwendbarkeit im Zivilprozeß 112 ff.

B

Bedingungen, Anwendbarkeit der Vorschriften des BGB auf PHen 119 ff., auflösende — 120, aufschiebende — 120, echte u. unechte — 120, selbständige Form des Prozeßrechts 138
Bedingungsfeindlichkeit von PHen 119
Begriffe zu didaktischen Zwecken 6, 7, normative — 14, praktisch-systematische — 6, rein systematische — 5, Bedeutung für die Rechtswissenschaft 3 ff., mit verschiedener Bedeutung 13
Begriffsbestimmung der PH, einheitliche — 8, die für die — entscheidende Fragestellung 283 ff., die für die — in Betracht kommenden Frage-

stellungen 20 ff., Bedeutung der Methode für die — 17 ff., die eigene Methode für die — 76 ff., die verschiedenen Methoden 75 f., normative — 4 ff., systematische — 4 ff., vorweggenommene — 16, s. a. Definition

Behauptung, Funktion 95, PHcharakter 79, prozessuale Wirkung 83, 87

Berufung, vertraglicher Verzicht auf — 209 f.

Berufungseinlegung unter der Bedingung der Gewährung des Armenrechts 122

Beschwerde, eventuelle — 132 f., vertraglicher Verzicht auf — 211

Bestimmung des zuständigen Gerichts als typische PH 79

Betrachtungsweise, teleologisch - funktionelle — 18 f., 78

Bevollmächtigung s. Prozeßvollmacht

Beweisantritt als typische PH 79

Beweislastnorm, Rechtsnatur 250

Beweislastverträge, Abgrenzung von den Beweisverträgen 249, Zulässigkeit 250

Beweismittelverträge 249, 253 f., 259, s. a. Beweisverträge

Beweissicherungsverfahren 88, PHcharakter des Antrags 79, 99, 272

Beweisverträge 184 Anm. 4, 248 ff., 282, Anfechtung wegen Willensmängel 259, einredeweise Geltendmachung 259, prozessualer Charakter 260, Regelung der Voraussetzungen 259, selbständige Bedeutung gegenüber dem Hauptvertrag 259, prozessuale Wirkungen 253, Zulässigkeit 248, 252, 254

Beweiswürdigung, Eingriff in die freie richterliche — 253 f., 255 f., Vereinbarung einer bestimmten — 188

Bewirkungshandlungen, Bedingungsfeindlichkeit 127, — u. Erwirkungshandlungen 95, prozessuale Wirkungen 83 f., 87

Billigkeitsschiedssprüche 232

D

Definition, ad hoc geschaffene — 3, — der PH 291, s. a. Begriffsbestimmung

Dispositionsmaxime 128, 189, 196, 254, 269

Drohung, Berücksichtigung beim Anerkenntnis 148

E

Einrede gem. § 5 AnfG 155, — des Schiedsvertrags 233, s. a. Arglisteinrede

Einspruch, bedingter — 121 f., 127, — auf Vorrat 127

Einspruchsverzicht, vorgängiger vertraglicher — 211 ff.

Einverständniserklärungen, Bedingungsfeindlichkeit 125 f., s. a. Gesamtakt

Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zur Prozeßführung eines Minderjährigen 104 f., 106

Einzelrichter, Bedingungsfeindlichkeit der Einverständniserklärung der Parteien mit seiner Entscheidung 125

Erfüllungsort, Vereinbarung 52, 68

Erklärungsirrtum beim Anerkenntnis 148

Erklärungstheorie 117, prozessuale — 116 f.

Erledigung der Hauptsache durch außergerichtlichen Vergleich 275

Erledigungserklärung, Abgrenzung zum Prozeßvergleich 193 f., 197, 198, bedingte oder betagte — 199

Erwirkungshandlungen, prozessuale Wirkungen 83 f., 87, — und Bewirkungshandlungen 95

Eventualanträge 128 f., 135, 137 f., Rechtshängigkeit 138

Eventualaufrechnung 162 ff.

Eventualbehauptungen 135

Eventualbeweisantritte 135

Eventualvorbringen 128, 135 ff.

F

Feststellungsverträge 146, 251, 259

Fristabkürzung, vertragliche — 204 f.

Form der PHen 110 f.

Funktion(en) des Rechtnehmens und des Rechtsuchens 78, typische — der PHen 92 ff.

G

Genehmigung der bisherigen Prozeßführung 105

Gerichtsvollzieher, Zustellungsauftrag 170 f., s. a. Zustellungsauftrag

Gesamtakt 186, 205, 291, Prozeßvergleich als — 198, 281, 282
Geschäftsfähigkeit, Unterscheidung von der Prozeßfähigkeit 103 ff.
Geständnis, eventuelles — 136, Gefahr einer Kollusion 255, typische PH 79, Wirkung 83, 257
Geständnisverträge 249 ff., Abgrenzung zu den Beweislastverträgen 249 f., Regelung der Voraussetzungen 259, Wirkungen 253 f., Zulässigkeit 255 ff.
Gestaltungsgeschäfte, einseitige — im Prozeß 149 ff., 282, 283, Anfechtung 160, Art u. Weise des Zustandekommens 112, Eventualvornahme 157 f., keine reinen PHen 158, Prozeßvollmacht 34 ff., — bei Teilklagen 157, Theorie von der Doppelnatur 91, 150, 154, 158, 159 f., privatrechtliche Theorie 150 f., 154, 159 f., prozessuale Theorie 150 ff., 157, — als Urteilsgrundlage 151, Vorliegen eines Doppeltatbestands 159, Widerruf 160 f., materiellrechtliche Wirkungen 152 f.
Gute Sitten, Beachtung eines Verstoßes gegen die — im Zivilprozeß 139 f., Verstoß gegen die — bei Prozeßverträgen 213, 226, 270
Handlung(en) Dritter im Prozeß 31 f., im Sinne des Prozeßrechts 22 ff., 31, Unterbleiben einer — 29 f., Zweck der — 24 f.

H

Handlungsbegriff, kausaler — 24, — der Philosophie 22 ff.

I

Inkorrekte Entscheidung, Rechtsmittel gegen — 127, vorsorgliche Rechtsmitteleinlegung 132 f.
Internationales Recht, Anwendung auf PHen 100, 140
Intertemporales Recht, Anwendung auf PHen 140 f.

K

Kausales Rechtsdenken, Bedeutung für das Prozeßrecht 18 f.
Klage, typische PH 42, 79
Klageänderung, bedingte — 126

Klageerhebung, bedingte — 126, — unter der Bedingung der Gewährung des Armenrechts 122, Unbedingtheit auch bei Eventualanträgen 129
Klagenhäufung, eventuelle objektive — 129, eventuelle subjektive — 130 f., 134
Klageverzicht 78, 142 f., s. a. Anerkenntnis und Verzicht
Klagezurücknahme nach erklärter Aufrechnung 163, Bedingung oder Betragung 199, Funktion 194, — durch einen Parteiunfähigen 102, typische PH 79, — im Prozeßvergleich 199, Wirkung 85, 89, Wirkung auf im Prozeß vorgenommene einseitige Gestaltungsgeschäfte 157
Klagezurücknahmevertrag 184 Anm. 4, 217, 260 ff., 272, Arglisteinrede 263, materiellrechtliche Auffassungen 262 f., bürgerlichrechtliche Natur 267, Einrede 261, prozessuale Theorien 261 f., Schadensersatzanspruch 263, Wirkungen 264, 272
Knebelung durch Prorogationsvertrag 226
Kollusion beim gerichtlichen Geständnis 255
Kompetenz — **Kompetenz** des Schiedsgerichts 245, 247
Kompetenzvertrag s. Prorogationsvertrag
Konventionalprozeß 187
Kostenerstattungspflicht, außergerichtliche Regelung 270 Anm. 520
Kündigung, bedingte — 120 f., 158 Anm. 101
Kündigung im Prozeß 112, 149 ff., rein bürgerlichrechtliche Natur 161, s. a. Gestaltungsgeschäfte

L

Lasten, prozessuale — 80 f., 235
lex causae 230
lex fori 140, 230

M

Mahnung im Prozeß 149 ff., rein bürgerlichrechtliche Natur 161, s. a. Gestaltungsgeschäfte
Mahnverfahren, Eventualanträge 137, vorgängiger vertraglicher Verzicht

auf den Einspruch oder den Widerspruch 213

Meistbegünstigungstheorie 132 f.

Methode(n), Bedeutung der — für die Begriffsbestimmung 17, die für die Begriffsbestimmung angewandten verschiedenen — 75, die eigene — 76 ff.

Minderjähriger, Abgrenzung der Prozeßfähigkeit von der Geschäftsfähigkeit 102 ff., schutzwürdiges Interesse des — 103

N

Nebenintervenienten, Beitritt 127

Nebenwirkungen 52, 287

Nichtigkeitsgründe, vertraglicher Verzicht 213 f.

Nichtverhandeln im Termin 30

P

Parteifähigkeit als PHvoraussetzung 100 ff.

Parteihandlungen, einseitige —, deren PHcharakter umstritten ist 142 ff., typische Funktionen der unbestrittenen PHen 92 ff., typische Wirkungen der unbestrittenen PHen 80 ff., s. a. Prozeßhandlungen

Pfleger 106

Pflichten, prozessuale — 80 f., 139, 235

Postulationsfähigkeit als PHvoraussetzung 100, 107 ff.

Privatrecht, Verhältnis von — u. Prozeßrecht 43 f., 48, 64 ff., 68, 75, 185

Prokuraerteilung 174, 176

Prorogationsvertrag 58, 78, 88, 97, 98, 108, 115, 188 Anm. 26, 218 ff., 243, 248, 267 Anm. 504, 277, 282, 287, Anfechtung wegen Willensmängeln 224 ff., Anwaltszwang 230 Anm. 273, funktionelle Bedeutung 229 f., selbständige Bedeutung 228, Bedingungen 226, Nichtigkeit des Hauptvertrags 227 f., Prozeßfähigkeit 223 f., privatrechtliche Theorie 218, extrem prozessuale Theorie 218, rein prozessuale Theorie 223, vermittelnde Theorie 218, 223, Vorvertrag 273, 274, Widerruf 224

Prozeß, dynamische Entwicklung 85 f.

Prozeßantrag, Bestimmtheit 190 f., typische PH 79

Prozeßaufrechnung s. Aufrechnung im Prozeß

Prozeßbeendigungsvertrag, abstrakter — 91, 195 ff., 276

Prozeßfähigkeit, beschränkte — 103 f., Geschäftsunfähiger oder beschränkt Geschäftsfähiger 106, PHvoraussetzung 100, 102 ff., Voraussetzung für Erteilung der Prozeßvollmacht 175 f.

Prozeßführungsbefugnis 101

Prozeßhandlung(en) der Partei, Abgrenzung von den bürgerlichen Rechtsgeschäften 21, 28, 34 ff., 42 ff., 62 ff., 77, 96 ff., 142, 281, 284, 288, Abgrenzung von anderen Vorgängen im Prozeß 21 ff., 286, Abgrenzung nach der Vornahme innerhalb des Prozesses 59 f., Anfechtung wegen Willensmängel 115 ff., Art u. Weise des Zustandekommens 110 ff., Auslegung von — 113, Bedeutung der Frage der Zulässigkeit 61 f., funktionelle Bedeutung 284 f., 291, Bedeutung der Funktionen für die Begriffsbestimmung 15 ff., bedingte — 119 ff., 136, Bestimmtheit 287, Doppelfunktionalität 183, 194 f., doppelfunktionelle — 99, 280, mit Doppelnatur 35, 38, 39, 90 f., 112, 143, innerprozessuale Doppelwirkung 82 ff., Einteilung 288 ff., Erwirkungs- u. Bewirkungshandlungen 288, eventuelle — 119, Form 110 f., Funktion des Rechtnehmens 17, 86, 93 f., 189, 273, 279, 286 f., typische Funktionen 16, 17, 78 ff., 92 ff., — des Gerichts 31, Gesamtake 281, 282, 291, Nebenintervenient 32 f., bürgerlichrechtliche Nebenwirkungen 89 f., Parteihandlungen mit unmittelbarer prozessualer Wirkung 69 ff., prozeßbeendigende — 82 ff., Prozeßgestaltung als typische Wirkung 80 ff., Realakte 288, selbständige Rechtswirkung 53 f., — i. S. d. § 67 39 f., — i. S. d. § 81 36, Stellung im Gesamtzusammenhang des Prozesses 77, Unselbständigkeit 41, 84, 85 f., Unwiderruflichkeit 117 f., 290, Verpflichtung zur Vornahme bzw. Unterlassung einer — 169, Re-

gelung der Voraussetzungen 100 f., — zur Vorbereitung des Verfahrens 88 f., — auf Vorrat 137, Widerruf bei Vorliegen eines Wiederaufnahmegrunds 118, widerrufliche — 117 f., 123 f., Willenserklärungen 122, 288, typische prozessuale Wirkungen 80 ff., 87, 89 f., 286, — mit unmittelbarer prozessualer Wirkung 77 f., — mit zivilrechtlicher Wirkung 154, Zweckdefinitionen 54 ff., 71, zweiseitige — (Prozeßverträge) 184, 288, 291, s. a. Parteihandlungen, Prozeßrechtsgeschäfte, Prozeßverträge

Prozeßhandlungsbegriff, normativer Begriff (Rechtssatzbegriff) 4 ff., 6, 8, 9, 40, 41, 73, rein systematischer Begriff 7, systematischer Begriff 4 ff., 7, 12, 40 f., 73, 285, Begriffshof 17, 142, 185, 279, 284, Begriffskern 17, 82, 87, 142, 184, 281, 284, Begriffsmerkmale 21, funktionelle Begriffsmerkmale 285, 286 ff., Beschränkung auf Parteihandlungen mit unmittelbarer prozessualer Wirkung 46 f., 52, Bestimmung des — durch Aufnahme des Prozeßsubjekts 31 f., Bestimmung des — nach der Bedeutung für das Verfahren 21, 71 f., determinative oder typologische Bestimmung 11, Definition 291, Entwicklung der Definition 281 ff., Wert einer Definition 2 ff., einheitlicher — 8, 14, 15, 283, konstruktiver Einheitsbegriff 80, enger u. weiter — 8, 15, 72 ff., 283, Relationscharakter 12 ff., — als Typenbegriff 8, 285

Prozeßhandlungsvoraussetzungen 100 ff.

Prozeßrecht, Verhältnis von Privatrecht u. — 43 f., 48, 64 ff., 68, 75, 185

Prozeßrechtsgeschäfte 7, 288 ff., didaktischer Wert des Begriffs 290 f.

Prozeßrechtsverhältnis 81 f.

Prozeßvereinbarungen s. Prozeßverträge

Prozeßvergleich 38, 101, 105, 187 Anm. 20, 192 ff., 281, 282, Anfechtung wegen Willensmängel 193, 200, Anwaltszwang 193, 203 Anm. 129, Bedingung oder Betagung 199, Doppelfunktionalität 91, Doppelnatur

194 f., 197, 198, 199, — im Ehescheidungsprozeß 196, Form für den Widerruf 111, Fortsetzung des Verfahrens 193, Geltendmachung der Nichtigkeit 200 ff., Gesamtakt 277, prozessuale Mängel 200 ff., Ordnungsmäßigkeit der Protokollierung 201 f. (202 Anm. 124), rein prozessuale Natur 203, Prozeßbeendigung 193 f., 196 ff., materielle Rechtskraft 198, Rechtskraftwirkung 201, privatrechtliche Theorie 193, Urteilssurrogat 198, — durch gesetzliche Vertreter 37 f., Vollstreckbarkeitswirkung 193, Vollstreckungsgegenklage 200, 202, Vorvertrag 273, 274, Widerruf 193, 200, 201, im Wiederaufnahmeverfahren 198 Anm. 98, s. a. Prozeßbeendigungsvertrag

Prozeßverträge 49, 61, 65, 184 ff., 282, 285, 289, 291, Anfechtbarkeit wegen Willensmängel 278, Bedingungsregeln 126, 278, Bestimmbarkeit 190 f., Doppelnatur 187 Anm. 20, Doppelwirkung 277, Funktionen 279, Geltendmachung des § 138 BGB 278, Gesamtakt 185 f., Geschäftsfähigkeit 278, — über Geschäftsverteilung 188, — und internationales Privatrecht 140, Normierung der Wirkungen und Voraussetzungen 278 f., Prozeßfähigkeit 278, prozessualer Charakter 279, — über Zulässigkeit des Rechtswegs 188, Schikaneverbot 278, Übersehbarkeit 190 f., Unselbstständigkeit 54, Vorverträge 273 ff., Wirkungen 186 f., 276 ff., — über Zulassung des Zeugenbeweises im Urkundenprozeß 188, Zulässigkeit 187 ff., — über funktionelle Zuständigkeit 188, s. a. Verträge sowie die einzelnen Verträge wie Schiedsvertrag usw.

Prozeßvollmacht, PHvoraussetzung 100, 110, Umfang 34, 35, 36 f.

Prozeßvollmachterteilung 88, 101, 107, 108, 173 ff., 182 f., 282, 283, 286, 288, Anfechtbarkeit wegen Willensmängel 175, 177 ff., Bedingungen u. Betagungen 176 f., — durch Minderjährige 176, PHcharakter 173, 181 f., Widerruf 177, 178 f., 180

Prozeßzweck 94

R

Realakte 122
Rechtsbedingung 120 f.
Rechtshängigkeit, auflösend bedingte — 129, — des Hilfsanspruchs 129, 138, bei eventueller subjektiver Klagenhäufung 130
Rechtskrafterstreckung, Verträge über die — 185 Anm. 8
Rechtsmittel gegen inkorrekte Entscheidungen 127, Zurücknahme 124 Anm. 153
Rechtsmitteleinlegung, bedingte — 126 f., typische PH 79, vor Verkündung einer Entscheidung 127
Rechtsmittelhäufung, eventuelle objektive — 131 ff., 133, 135, eventuelle subjektive — 134 f.
Rechtsmittelverzicht, Eintritt der Rechtskraft 168 f.
Rechtsmittelverzicht, einseitiger 107, 167 ff., 182, 282, Anfechtbarkeit wegen Willensmängel 169, Einredebefugnis für den Gegner 168, Regelung der Voraussetzungen 169, Verpflichtung zur Abgabe eines — 169, 271, Widerruf 169, Wirkung 168 f.
Rechtsmittelverzichtsvertrag, Anfechtung wegen Willensmängel 210, 214, Bedingungen 214, Einredebefugnis für den Gegner 208, Erfordernis der Bestimmtheit 210, Prozeßfähigkeit 215, prozessualer Charakter 215 f., Regelung der Voraussetzungen 214 f., — nach Urteilsverkündung 216, vorgängiger — 169, 184 Anm. 4, 190, 206 ff., 282, Vorvertrag 273, Widerruf 214, Wirkungen 207 ff., Zulässigkeit 209 ff.
Rechtsmittelzurücknahme im Prozeßvergleich 199, Versprechen der — 271
Rechtssatzbegriff 4 ff.
Rechtsschutzbedürfnis bei Beschränkung des Streitgegenstands im Schiedsvertrag 244 f., bei sachlicher Erledigung durch einen außergerichtlichen Vergleich 217, — für die Klage auf Klagezurücknahme 262 Anm. 486, Notwendigkeit einer Einschränkung dieses Rechtsinstituts 262 Anm. 486
Relationscharakter der Begriffe 12, 15, 283

Revisibilität der Auslegung von PHen 113 f.
Revision, Verzicht auf — 210 f., 214
Revisionsgründe, vertraglicher Verzicht 213 f.
Rücktrittserklärung, Bedingungsfeindlichkeit 119
Rücktrittserklärung im Prozeß 149 ff., 161
Rüge (§ 295 ZPO), Verpflichtung zur Unterlassung 269 f., Verpflichtung zum Verzicht 269
Rügeverzicht, Bedingungsfeindlichkeit 126, vertraglicher — 191

S

Sachantrag, bedingter — 122, Funktion 95, typische PH 79, Wirkung 83
Sachurteil, Doppelfunktionalität 94, Zusammenhang mit dem „Rechtnehmen“ durch die Parteien 95 f.
Sachverständiger, Vereinbarung der Parteien über den — 205 f.
Scheinprozeß 254
Schiedsgericht, Kompetenz-Kompetenz 245, 247
Schiedsgutachtenvertrag 251, 255 ff.
Schiedsgutachter 189
Schiedsklausel 230 Anm. 274
Schiedsrichter, Ablehnungsgrund 239, Erzwingung der Ernennung 235, Honorar für den — 235 f.
Schiedsrichterliches Verfahren, Aussetzung 246, Dispositionsbefugnis der Parteien 246, Streitgegenstand 243 f., Wahrheitspflicht 237 f.
Schiedsrichtervertrag 234
Schiedsspruch, Wesen 232 f.
Schiedsverfahrensgesellschaft 237 f.
Schiedsvertrag 58, 97, 141, 230 ff., 267 Anm. 504, 277, 283, 286, Anfechtbarkeit 239 f., 241 Anm. 361, Bedingungen 239, kein gesellschaftsähnliches Verhältnis 237, Geschäftsfähigkeit 238, Gültigkeit des Hauptvertrags 242, Kollisionsrecht 230, Kündigung 238, 240 Anm. 351, rein prozessualer Charakter 247, Rücktrittsrecht 240, selbständige Bedeutung 242, Sittenwidrigkeit 240, privatrechtliche Theorie 230 f., prozessuale Theorie 230 f., 234,

Vertrag eigener Art 231, gemischt-rechtlicher Vertrag 231, Vorvertrag 273
Schikaneverbot, Geltung im Zivilprozeß 139 f.
Schriftliches Verfahren, Bedingungsfeindlichkeit der Einverständniserklärung 125
Sicherheitsleistung, Vereinbarung der Höhe und Art 203 f.
Streitgegenstand, Funktion der Bestimmung des — 95 f., 260
Streitverkündung typische PH 79, 82
Stundungsvereinbarung 269

T

Täuschung, arglistige — beim Anerkenntnis 148
Territorialitätsprinzip 140
Tod einer Partei 26
Treu und Glauben beim Anerkenntnis 149, beim Klagezurücknahmevertrag 265, beim Rechtsmittelverzicht 209, bei den Verträgen zur Vornahme oder Unterlassung einer PH 268, beim Vorvertrag zu einem Prozeßvertrag 274 ff., im Zivilprozeß 81, 97, 116, 139 f.
Typenbegriff 9 ff.

U

Unklagbarkeitsvereinbarung 220, 261
Unterlassung 27 ff., unbewußte — 29 ff.
Unzuständigkeit, Einrede der — 96, 97, Verzicht auf die Einrede der — 87
Urkundenprozeß, Verpflichtung, nicht im — zu klagen 271
Urteilsverdrängung, Funktion der — 194, 195, 198, 203
Urteilszweck 94
venire contra factum proprium, Geltung des Grundsatzes im Prozeßrecht 139, beim Klagezurücknahmevertrag 265, beim Rechtsmittelverzichtsvertrag 209

V

Verein, nichtrechtsfähiger — 101 f.
Vereinbarungen im Zivilprozeß s. Prozeßverträge
Verfahrensgestaltung 51
Vergleich im Armenrechtsverfahren 203, s. a. Prozeßvergleich

Vergleich, außergerichtlicher — 140, 196, 216 ff., 282, 283, Verfahrensbeendigung 217 f., Verpflichtung zur Erledigungserklärung 218, Verpflichtung zur Klagezurücknahme 218, Verpflichtung zur Rechtsmittelzurücknahme 218, Vorvertrag zum Prozeßvergleich 274 f.
Vermutungsverträge 249 f., 253 f., 255, 257 f., unwiderlegliche — 258
Verpflichtung zu einem bestimmten prozessualen Verhalten 268 ff., s. a. Verträge
Versäumnisurteil 122, 212, 269, Verpflichtung, kein — zu beantragen 271, s. a. Einspruch
Verschleppungsabsicht 113
Verträge über die Rechtskrafterstreckung 185 Anm. 8, — über die Unklagbarkeit 185 Anm. 8, Verpflichtung zur Vornahme oder Unterlassung von PHen 268 ff., 282, 283, — mit prozeßrechtlicher Wirkung 49
Vertretungsmacht, gesetzliche — als PHvoraussetzung 100, 109 f.
Verzicht 99, 104, 142 ff., 281, 282, durch Nebeninterventienten 38 f., reine PH 149, durch gesetzlichen Vertreter 37 f., s. a. Anerkenntnis, Rechtsmittelverzicht, Rügeverzicht
Vollmachtsanzeige 174 f.
Vollstreckungsbefehl, Eventualantrag auf Erlaß eines — 137
Vollstreckungshandlungen 2, 80
Vorstellungsmittelungen 122, 288
Vorverträge zum Abschluß von Prozeßverträgen 273 ff.

W

Wahrheitspflicht 258
Wandlungserklärung im Prozeß 152, 166 f.
Wandlungsvollzug durch richterliche Gestaltung 153
Wechselprozeß s. Urkundenprozeß
Widerklage, eventuelle — 129 f.
Widerspruch, vertraglicher Verzicht auf den — 213
Wiederaufnahme des Verfahrens, vertraglicher Verzicht auf die — 213
Willenserklärung, prozessuale — 288

Sachregister

Willensmängel, die Regelung der — im Zivilprozeß 115 ff.

Willentheorie 117

Wirkungen, typische — der PHen 51, 80 ff., Nebenwirkungen 52, 287

Wissenserklärungen 149, bedingte — 122

Wollenserklärungen 288

Z

Zeuge, Handlungen des — 31 f.

Zeugnisverweigerungsrecht 32

Zurücknahme der Klage s. Klagezurücknahme

Zuständigkeitsvereinbarung s. Prorogationsvertrag

Zustellung der Klageschrift 171, Realakt 171

Zustellungsauftrag 170 ff., 182, 282, 283, Anfechtung wegen Willensmängel 172, Anwaltszwang 170, bedingter — 172, Erwirkungshandlung 172, prozessualer Charakter 172 f., Zurücknahme 172

Bedeutende Werke für die Praxis

Kommentar zum Handelsgesetzbuch

von **Schlegelberger**. 3. neubearb. Auflage, von **Geßler-Hefermehl-Hildebrandt-Schröder**. — Das Werk umfaßt 4 Bände. Die Bände I bis III mit der Erläuterung bis einschl. § 382 liegen vor: insges. 1888 Seiten Großoktav, geb. 118,— DM. Band IV (Schlußband) erscheint im März 1957 (etwa 54,— DM).

Kommentar zur Konkursordnung

von **Mentzel-Kuhn**. 6. neubearb. Auflage, von Bundesrichter Dr. **G. Kuhn**, Karlsruhe. — „Jeder, der sich mit konkursrechtlichen Fragen zu befassen hat, wird den Mentzelschen Kommentar mit Nutzen zur Hand nehmen.“ (D. Steuer-Lex.) — 780 S. Großoktav, Leinen 48,— DM.

Vergleichsordnung

von **Vogels-Nölte**. 3. neubearb. Auflage, erläutert von RA. Dr. A. **Nölte**, MinRat z. Wv., Herford/Westf. — 340 S. 8°, Leinen 15,— DM.

Rechtsberatungsmißbrauchsgesetz

von **Jonas-Marquardt**. 2. neubearb. Auflage, erläutert von ORegRat Dr. **G. Marquardt**, BJustMin., Bonn. — Befindet sich in Vorbereitung. Etwa 175 Seiten 8°, kart. etwa 9,— DM.

Das Recht der Gegenwart

2. neubearb. Ausgabe, von Staatssekretär i. R. Dr. **F. Schlegelberger**, Flensburg. — „Mehr als 1000 Stichworte, alphabetisch geordnet, ermöglichen ein schnelles Finden jeder Rechtsvorschrift.“ (RArbBl.) 508 S., 8°, geb. 19,— DM.

Das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen

erläutert von Prof. Dr. **E. Pritsch**, SenPräs. beim Bundesgerichtshof i. R., Köln. — „Dieses Werk ist durch die Tiefgründigkeit seiner Erläuterungen für Wissenschaft und Praxis von besonderer Bedeutung.“ (Nordrh.-Westfälischer Landkreistag) — 592 S. 8°, Leinen 36,— DM.

Vertragshilfegesetz

erläutert von MinRat Dr. **E. Saage**, BJustMin., Bonn. — 248 S. 8°, kart. 11,— DM.

Welturheberrechtsabkommen

erläutert von Dr. **W. Goldbaum**. — 124 Seiten 8°, kart. 6,80 DM.

Ausführliche Prospekte kostenlos

VERLAG FRANZ VAHLEN GMBH
Berlin-Lichterfelde-West und Frankfurt a. M.

